LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE : ETUDE JURIDIQUE

Céline alcalde

Etudes Teutates *

***TEUTATES** [tœtatês]. *var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamique du droit »).*

www.cdcm-montpellier.fr

Etudes Teutates *

***TEUTATES** [tœtatês]. *var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamique du droit »).*

Les *Cahiers Teutates* c'est une revue éditée et diffusée par le Centre du droit de la consommation et du marché (équipe CNRS 5815 « Dynamique du droit »), Faculté de droit et des sciences politiques (Université Montpellier I), 14 rue Cardinal de Cabrières, 34060 Montpellier.

La revue, électronique, est également disponible en format pdf téléchargeable sur le site du Centre de droit de la consommation et du marché (www.cdcp-montpellier.fr), sous la forme de numéros édités au fil de leur publication, et rassemblés deux fois par an. Elle s'accompagne de dossiers ou ouvrages en ligne, les ***Dossiers Pratiques Teutates*** et les ***Etudes Teutates***.

L'ouvrage de **Céline Alcalde, la distribution automobile, étude juridique, peut être acheté en version papier, sur demande, au centre du droit du marché et de la consommation** (conso@univ-montp1.fr ou Centre Centre du droit de la consommation et du marché, Faculté de droit et des sciences politiques (Université Montpellier I), 14 rue Cardinal de Cabrières, 34060 Montpellier

Il doit être cité de la manière suivante : **Céline Alcalde, La distribution automobile, étude juridique, *Etudes Teutates*, 2012.**

2012

www.cdcm-montpellier.fr

LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE :

ETUDE JURIDIQUE

Céline alcalde
Docteur en droit
Avocat au barreau de Nîmes

Préface : D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

2012

www.cdcm-montpellier.fr

Préface

Il m'est très agréable de présenter la thèse de Céline Alcalde consacrée à l'étude juridique de la distribution automobile, question qui n'avait pas été étudiée sérieusement depuis un ouvrage de Louis et Joseph Vogel de 1996.

Ça l'est parce qu'il est très agréable de travailler avec Céline Alcalde, en premier, toujours disponible et surtout en mesure de proposer pareil travail, lourd et complexe, à la fois en raison de l'ampleur du sujet, pour ne pas dire du secteur, et en raison de la technicité des règles applicables qui empruntent au droit de la concurrence et au droit des contrats, face à des raisonnements qui, dans ces deux disciplines, se croisent sans jamais, vraiment, se rencontrer.

De ce point de vue, ce travail assure une unité bénéfique à la compréhension de la question en ce que les questions relevant de l'une ou l'autre discipline sont traitées avec rigueur et minutie.

Le lecteur, toujours avide de nouveauté pourrait regretter que Céline Alcalde n'ait pas mis à jour son travail eu égard au fait que le Règlement d'exemption n°300/2010 ait finalement absorbé le secteur automobile, contrairement à toutes les prévisions, notamment celles

faites par la commission elle-même qui projetait, en 2010, de renouveler le doublon réglementaire, l'un dit « général » pour les restrictions verticales, disons les contrats de distribution et l'autre « sectoriel » pour le secteur de la distribution automobile. La raison de cette dissociation tenait à la rigueur que la Commission souhaitait imposer au secteur automobile. Dès lors, l'inclusion de ce secteur si « durement » traité dans le Règlement général pourrait être considéré comme une forme d'abandon, ou de laxisme, finalement, après ceux de 1985, 1995 ou 2002 qui proposait au contraire des exigences croissantes. Pourtant, les signes avant coureurs ne manquaient, si l'on voulait bien les voir dans les décisions rendues dans l'affaire VAG par exemple.

La thèse ayant été préparée dans ces conditions, il est apparu, à Céline Alcalde, que modifier le travail dans le sens finalement retenu par le Règlement n°330/2010 l'aurait, au final, transfigurée. Espérons que cela prépare d'autres travaux de Céline Alcalde. Toujours est-il que ce travail est ainsi livré, avec ces éléments qui pourront paraître obsolètes peut-être, mais qui sont compensés par l'ensemble des riches autres analyses.

C'est en effet tout un secteur, tout un ensemble de contrats, de clauses, de pratiques, de méthodes, de raisonnement, de décisions de jurisprudence, des grandes et des petites qui sont ici présentés.

Ce travail a été soutenu comme thèse de doctorat, il a valu à son auteur les plus hautes mentions, traduisant les grandes qualités de son auteur.

C'est aussi le premier tome de cette collection dont on peut espérer qu'elle saura prospérer, fondée sur l'idée que la connaissance universitaire est souvent associée à la poussière de laboratoires ou de bibliothèques ou s'entassent des trésors, des richesses que seuls les rares amoureux des *Voyages de Serendip* peuvent encore visiter. C'est tout le pari de cette publication, favorisant au contraire la mise à disposition de ces efforts, de cette science, au plus grand nombre.

Février 2012

D. Mainguy

« Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ».
J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*

INTRODUCTION GENERALE

SECTION 1: La justification des pratiques anticoncurrentielle

SECTION 2: Les règlements n°123/1985 et n°1475/1995

SECTION 3: L'élaboration du règlement d'exemption par catégorie n°1400/2002

SECTION 4: La réforme du règlement d'exemption par catégorie n°1400/2002

PREMIERE PARTIE Les contraintes de la distribution automobile

TITRE PREMIER Le fondement de la contrainte : la constatation des effets anti-concurrentiels du contrat de distribution automobile

CHAPITRE PREMIER : L'étude de la nouvelle approche des restrictions verticales

SECTION 1 : L'analyse économique du droit en droit de la concurrence

SECTION 2 : L'analyse économique du droit et distribution automobile

CHAPITRE SECOND : L'application judiciaire de la nouvelle approche

SECTION 1 : La constatation des pratiques anticoncurrentielles

SECTION 2 : Le traitement juridictionnel des comportements anticoncurrentiels

TITRE SECOND : Les instruments de la contrainte : la correction des effets anticoncurrentiels

CHAPITRE PREMIER : La fin des barrières à l'entrée au marché de la vente, de l'après vente et de la distribution de pièces de rechange

SECTION 1 : Les nouveaux entrants sur le marché de la vente et de la réparation de véhicules automobiles

SECTION 2 : La libéralisation du marché de la pièce de rechange

SECTION 3 : Les conséquences juridiques de la dissociation du lien vente/service après-vente

CHAPITRE SECOND : Les nouveaux modes de distribution automobile

SECTION 1 : L'autorite du règlement

SECTION 2 : La portée du règlement

SECONDE PARTIE : Les contrats de la distribution automobile

TITRE PREMIER : La dimension positive

CHAPITRE 1 : Le contrat appréhendé comme un lien

SECTION 1: La naissance du contrat de distribution automobile

PARAGRAPHE 2 : Un contenu du contrat contrôlé

SECTION 2 : L'exécution du contrat de distribution automobile

SECTION 3 : L'extinction du contrat

SOUS SECTION 1 : Les causes de la rupture du contrat de distribution automobile

SOUS SECTION 2 : Les modalités de la rupture du contrat de distribution automobile
SOUS SECTION 2 : Les effets de la rupture du contrat de distribution automobile
SECTION 4 : Le règlement des litiges
CHAPITRE 2 : Le contrat de distribution appréhendé comme un bien
SECTION 1 : La transmission du contrat entre membres du réseau
SECTION 2 : La circulation du contrat en dehors du réseau

TITRE SECOND : La dimension prospective
CHAPITRE 1 : La disparition du caractère intuitu personae du contrat
SECTION 1 : L'intuitus personae dans les contrats cadres de distribution
SECTION 2 : Le traitement de l'intuitus personae dans le règlement n°1400/2002
CHAPITRE 2 : La transformation de la distribution en réseau
SECTION 1 : Le sort de l'obligation de collaboration dans le réseau
SECTION 2 : Le règlement n°1400/2002 et la protection des réseaux

Conclusion

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION GENERALE

1. — **L'opération de distribution automobile.** M. Mousseron définissait l'opération de distribution comme « l'ensemble des opérations psychologiques, juridiques et matérielles qui permettent d'acheminer les marchandises du producteurs aux usagers qu'il s'agisse d'industriels transformateurs ou de particuliers consommateurs » (1). Plus précisément, notre tâche sera de stigmatiser les contraintes juridiques de l'opération de distribution des véhicules automobiles, d'évoquer ensuite les solutions proposées, voire d'innover lorsque le droit applicable n'apparaît pas satisfaisant. A l'instar de nombreuses matières juridiques, le droit de la distribution automobile ne peut se comprendre qu'en faisant systématiquement référence au droit de la concurrence, au droit de la distribution et au droit des contrats puisque le support de l'opération de distribution reste le contrat.

2. — **Le contrat de distribution automobile.** L'ensemble des réseaux de distribution automobile repose sur un support contractuel spécifique créé par la pratique pour satisfaire un équilibre juridique et économique ténu : bénéficier des avantages économiques de la distribution en réseau sans atteindre aux principes fixés en matière de concurrence et de protection contractuelle du distributeur. Ce contrat, que l'on peut sans hésitation qualifier de contrat-cadre de distribution, est soumis au droit commun des contrats mais n'est pas un contrat spécial au sens strict du terme. Il n'en est cependant pas moins soumis à des règles spéciales nées d'une pratique jurisprudentielle et législative particulièrement féconde qui représente aujourd'hui l'essentiel de son régime juridique.

3. — **Distribution automobile et restrictions de concurrence.** Ce contrat, traditionnellement nommé contrat de concession automobile, peut être à l'origine de restrictions de concurrence sur un marché puisqu'il organise l'accord vertical d'entreprises sur les modalités de commercialisation du produit automobile. Pour autant, le droit de la concurrence n'emporte pas condamnation automatique d'un tel accord dans la mesure où il produit, dans le même temps, un certain nombre d'effets positifs sur le marché en cause. Tant le droit de la concurrence d'origine interne que communautaire ont intégré une telle démarche face au contrat de distribution de véhicules automobiles. Si l'objet de la présente

(1) J.-M. MOUSSERON, *Droit de la distribution,* Litec 1975, p.8 et s.

étude reste le droit communautaire de la concurrence, cela ne signifie pas, pour autant, que le droit de la concurrence interne soit totalement écarté ; la seconde partie de cette étude proposera ainsi d'envisager l'application de certains aspects du droit interne. Il n'en demeure pas moins, qu'en matière de distribution automobile, le droit communautaire de la concurrence est la première contrainte à prendre en compte, un tel constat a d'ailleurs suscité l'interrogation de certains auteurs pour lesquels le droit de la concurrence d'origine communautaire, « *loin d'être un droit spécial, n'est pas devenu au contraire une sorte de super droit commun* » (2). Les accords de distribution automobile restent donc pleinement soumis, par principe, à l'application de l'article 81, § 1er du Traité, devenu l'article 101, prohibant l'entente (3). Une telle interdiction n'est pas absolue, en ce sens que ces accords peuvent échapper à l'emprise de l'article précité ou bénéficier d'une exemption.

4. — **Exemption catégorielle.** L'originalité de la matière réside dans l'existence d'une exemption catégorielle, dite exemption collective. Par cet instrument juridique spécifique, la Commission s'évite ainsi une analyse au cas par cas des accords et offre aux entreprises une certaine sécurité juridique. D'un point de vue procédural, l'exemption par catégories s'opère en deux temps : un règlement du Conseil définissant le cadre général de l'exemption est nécessaire afin d'habiliter la Commission, ce n'est que dans un second temps que cette dernière peut alors arrêter un texte. L'étude d'ensemble du règlement d'exemption par catégories relatif à la distribution automobile ne peut être réalisée, sans au préalable, s'intéresser à une matière plus large à savoir la justification des pratiques anticoncurrentielles (Section 1). Cette analyse générale nous permettra de comprendre l'objectif que poursuit la Commission au fil de ses règlements d'exemption (Section 2), pour au final aboutir à l'élaboration du règlement n°1400/2002 et à ses suites (Section 3).

SECTION 1: LA JUSTIFICATION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLE

5. — **Interdiction *per se*.** Si le droit de la concurrence a toujours sanctionné les pratiques anticoncurrentielles telles que les ententes et les abus de position dominante, la doctrine a sans cesse été consciente du fait que certaines pratiques devaient bénéficier d'un traitement particulier. Le

(2) Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la concurrence et droit privé* ; JCP éd. E 2000, CDE n°3, p.45 et s. – M. ZOÏA, *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, Thèse Toulouse, 1999, sous la direction de Mme S. PERUZZETTO – H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Préface de A. GHOZI, PUAM, 2002.

(3) « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* ».

juge ne devrait ainsi pas systématiquement raisonner en terme d'interdiction *per se* dès lors que certaines pratiques peuvent s'avérer un facteur de progrès économique, elles peuvent par exemple permettre à un système de distribution de devenir plus efficace et ainsi pallier ses effets anticoncurrentiels consistant à cloisonner le marché. En résumé, ces pratiques pouvaient favoriser une concurrence saine et efficace et ainsi privilégier l'intérêt du consommateur final. Le juge communautaire (4), confronté à une pratique restrictive de concurrence, a pu dans un premier temps s'inspirer de la règle de raison issue du droit antitrust américain (Paragraphe 1), pour développer ensuite propres outils d'analyse au travers du bilan économique (Paragraphe 2). En parallèle, le législateur communautaire, par le système des exemptions catégorielles, a mis en place un système de contrôle original (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1: LA REGLE DE RAISON DU DROIT ANTITRUST AMERICAIN

6. — **Application « *raisonnable* » de la prohibition *per se*.** Il est aujourd'hui admis que la première justification avancée au traitement favorable d'une pratique anticoncurrentielle fut la méthode de la règle de raison caractéristique de droit antitrust américain (5). Les juridictions américaines ont très tôt interprété de manière raisonnable la prohibition *per se* des pratiques anticoncurrentielles contenue dans la section1 du Sherman Act de 1890 ; « *every contract, combination, or conspiracy in restraint of trade or commerce is declared to be illegal* ». Les juridictions américaines ont ainsi analysé l'impact d'une pratique *a priori* anticoncurrentielle dans le contexte réel dans lequel elle se produisait, afin de déterminer précisément si elle ne suscitait pas, en marge, un effet positif sur le marché. Dans un premier temps, les juges n'ont pas directement raisonné expressément en termes de règle de raison, mais plutôt par le biais des restrictions verticales. Il s'agissait alors de considérer comme licites les restrictions de concurrence nécessaires à la réalisation d'une opération globale licite. L'on citera à titre d'exemple la traduction d'un arrêt du 19ème siècle exposant cette démarche « *une restriction contractuelle est légale*

(4) Dans le cadre de la présente étude, l'expression « *juge communautaire* » tendra à désigner l'autorité judiciaire de l'Union européenne chargée d'assurer le respect du droit communautaire dans l'interprétation et l'application des traités. D'un point de vue purement juridictionnel, cette notion désigne la Cour de justice des Communautés européennes, dont le siège est établi à Luxembourg, et qui comprend trois juridictions : la Cour de justice, le Tribunal de première instance (crée en 1988) et le Tribunal de la fonction publique (crée en 2004).

(5) Pour une présentation récente de la doctrine américaine du droit anti-trust au regard du système communautaire: D. J. GERBER, *Les doctrines européennes et américaine du droit de la concurrence, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.107 et s.

lorsque la clause qui la contient est simplement accessoire par rapport à l'objectif principal d'un contrat, ou pour le protéger contre un usage injuste de ces fruits par l'autre partie, qui est lui-même légal et qu'elle est nécessaire pour garantir au créancier de l'obligation la jouissance des fruits légitimes du contrat ».

7. — **Bilan des effets pro et anticoncurrentiels.** Ce n'est que postérieurement que la Cour Suprême jugea en effectuant un bilan des effets pro et anticoncurrentiels d'une pratique. Ainsi si le bilan concurrentiel s'avérait négatif, la pratique était qualifiée d'illicite, quelque soit au demeurant ses effets potentiellement positifs sur la production, la distribution ou le progrès technique. Dans l'hypothèse où le bilan concurrentiel s'avérait positif, la pratique était avalisée pour ce seul motif. Ces deux directions ont été retranscrites de manière claire dans l'article de M. R. Kovar traitant de l'introduction en Europe de la règle de raison (6). La manifestation moderne de la règle de raison, explicitée par les travaux économiques de l'Ecole de Chicago, est à rechercher dans l'arrêt *US v/ American Tabacco* de 1911, il s'agissait *« d'établir pour chaque convention située dans son contexte réel un bilan de ses effets anti et pro concurrentiels, si celui-ci s'avère positif (la convention stimulant davantage la concurrence qu'elle ne la restreint) la section 1 du Sherman Act n'aura pas à s'appliquer ».*

8. — **Fondement de la règle de raison.** Le droit américain s'organise ainsi au travers de deux méthodes d'appréciation : l'interdiction *per se* (7) et *la règle de raison,* la doctrine a cru bon de les opposer, en soulignant que l'une entraînait une nullité de plein droit alors que l'autre tendait à interpréter les conditions de la nullité. Mais pour certains au contraire ces deux méthodes ne s'opposent pas ; l'interdiction *per se* ne ferait que présumer l'inutilité de tout examen au fond préalable (8). Le fondement de la règle de raison en droit antitrust américain réside sur le postulat selon lequel seule la concurrence est économiquement efficace, dès lors *« si le bilan concurrentiel d'une convention est négatif peu importe qu'elle puisse contribuer à améliorer la production, la distribution ou à promouvoir le progrès technique, elle doit encourir la condamnation par le Sherman Act. A l'inverse si ce solde est positif, cette convention est licite sans qu'il y ait*

(6) R KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison »* ; RTD eur. 1987, p.237 et s.

(7) « *Afin d'éviter le coût et l'imprévisibilité de l'analyse fondée sur la règle de raison, les juges ont développé le recours au mécanisme d'interdiction per se, en pratique « le recours aux interdictions per se a, au demeurant, pour effet d'accroître la force dissuasive du droit, d'abord en augmentant la probabilité pour le plaignant (y compris le gouvernement américain) d'avoir gain de cause en cas de contestation d'un contrat donné, et, ensuite, en réduisant de manière significative le coût des procédures* » : D. J. GERBER, *Les doctrines européennes et américaine du droit de la concurrence, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.107 et s.

(8) C. HENDERYCKSEN, *La règle de raison et les contrats*, Thèse Montpellier, 1998, sous la direction de D. FERRIER.

besoin de se prévaloir de ces considérations » (9). Il ne s'agit que d'un bilan purement *« concurrentiel »*, appelé aux Etats-Unis *« balancing test »*. L'arrêt *Board of Trade of Chicago v/ US* (246 US 231, 1918) fait état de ce bilan concurrentiel ; *« il s'agit du véritable test de légalité conduisant à se demander si la restriction imposée régule, ou peut-être même renforce la concurrence, ou si au contraire elle la supprime en partie ou totalement »*. En conclusion, il faut voir dans la règle de raison du droit américain une approche en amont caractéristique d'une politique de « *concurrence fin* ».

9. — La doctrine a pu donc se demander ce qu'il en était en droit communautaire de la concurrence, avait-il intégrer cette méthode d'analyse des pratiques anticoncurrentielles ? Et dans l'affirmative retrouve-t-on une règle de raison de nature identique, ou bien adaptée à notre culture européenne juridique, politique et économique ?

PARAGRAPHE 2: L'INTRODUCTION DE LA REGLE DE RAISON EN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

10. — **Traité et règle de raison.** L'introduction en droit communautaire d'une règle de raison telle que le droit antitrust américain l'a envisagée n'était pas chose aisée. Deux obstacles majeurs empêchaient une transposition identique : le mécanisme d'exemption prévu par l'article 81, §3 du Traité, devenu l'article 101, et une interprétation différente de la notion même de concurrence. Sur le premier point, l'existence de ce système d'exemption s'opposerait à une intégration complète de la méthode américaine, il resterait alors, pour ne pas concurrencer le système d'exemption légale, d'appliquer la règle de raison au regard des seules critères posés par l'article 81, §1 du Traité, devenu l'article 101. Le second obstacle est lié à l'opposition notionnelle entre les politiques de concurrence américaine et européenne. En effet, les acteurs de la construction de l'Union européenne considèrent que la concurrence ne peut être qu'un moyen de réaliser les objectifs de progrès économique qu'elle s'est imposés, à l'inverse le droit anti-trust américain véhiculerait une valeur différente, à savoir que la concurrence est une condition *sine qua non* du progrès économique.

11. — **Règle de raison et approche communautaire.** L'introduction de la règle de raison en droit communautaire de la concurrence n'a pas été instantanée mais s'est réalisée par différentes étapes. Ainsi, la première méthode justificative de certaines pratiques peut être stigmatisée par l'approche *in concreto* mise en place par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans son arrêt *LTM* du 30 juin

(9) R KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison »* ; RTD eur. 1987, p.237 et s.

1966 (10). Elle a souligné la nécessité d'apprécier l'objet ou l'effet anticoncurrentiel d'une entente en la situant dans son contexte économique ou juridique. Elle a pu ainsi imposer une analyse privilégiant le cadre réel où le jeu de la concurrence se serait produit à défaut de l'accord litigieux. Cette méthode fut reprise dans le célèbre arrêt *Brasserie de Haecht* du 6 février 1973 (11), la Cour estima que les effets restrictifs d'une pratique devaient *« s'observer dans le cadre réel où ils se produisent, c'est-à-dire dans le contexte économique et juridique au sein duquel ces accords se situent et où ils peuvent avec d'autres conduire à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence »*.

12. — **L'arrêt Metro I.** Dans un second temps, l'utilisation de la méthode des restrictions verticales, à l'instar du Juge américain, a été privilégiée. L'arrêt Metro I du 25 octobre 1977 (12) est le premier exemple jurisprudentiel qui a suscité de nombreux commentaires, la Cour observe que *« les systèmes de distribution sélective constituaient un élément de concurrence conforme à l'article 85 §1 (devenu article 81 §1 et aujourd'hui article 101) à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel, de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire »*. Elle a ainsi considéré que *« la préoccupation, s'agissant de grossistes ou de détaillants spécialisés, de maintenir un certain niveau de prix correspondant à celle du maintien, dans l'intérêt du consommateur, de la possibilité pour ce canal de distribution de subsister à coté de forme de distribution nouvelles axées sur une politique concurrentielle de nature différente, rentre dans le cadre des objectifs qui peuvent être poursuivis sans tomber nécessairement sous le coup de l'interdiction de l'article 85 §1, et, si tel était en tout ou en partie le cas, dans le cadre de l'article 85 §3 »* . Certains auteurs ont pu dire qu'il s'agissait, dans l'arrêt *Metro,* de l'introduction en droit européen de la règle de raison par la méthode dite des *« restrictions accessoires »* (13), la technique de la Cour consistant à déterminer les engagements qui pourraient s'avérer anticoncurrentiels mais qui sont nécessaires à l'accomplissement de l'objet d'une convention qui est en elle-même licite. D'autres ont considéré qu'il s'agissait bien de l'introduction d'une règle de raison mais au travers de la mise en place d'un bilan concurrentiel tendant

(10) CJCE 30 juin 1966, *LTM/MBU*, Aff. 56/65, Rec. 1966, p.337 ; D. 1966, p.669, note J. RIDEAU ; JCP éd. G. 1966, I, 2029, Chron. F.-Ch. JEANTET.
(11) CJCE 6 février 1973, *Brasserie de Haecht c/ Consorts Wilkin- Janssen*, Aff. 48/72, Rec. 1973, p.77 ; RTDE 1973, p.270, obs. R. SAINT ESTEBEN ; CDE 1974, p.169, obs. M. WAELBROECK.
(12) CJCE 25 octobre 1977, *Metro I*, Aff. 26/76, Rec. 1977, p.1875; CDE 1978, p.461, obs. A. FRIGNANI.
(13) R KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison »* ; RTD eur. 1987, p.237 et s.

à la justification de la pratique au regard de la demande du produit (14). Au contraire, des auteurs récalcitrants à l'introduction d'une règle de raison en droit communautaire ont estimé que cette jurisprudence *« a peu de choses en commun avec le bilan concurrentiel pratiqué par les autorités américaines [...] elle serait constituée d'éléments étrangers au renforcement de la concurrence »* (15). En effet, l'on peut sérieusement en douter puisque au final il s'agit de promouvoir un réseau de distribution sélectif afin d'offrir un service particulier au consommateur par une concurrence moyen et non pas fin comme aux Etats-Unis. En Europe, au contraire le juge n'est pas contraint de mettre en avant la dimension strictement économique mais peut saisir l'utilité économique, sociale de la restriction ; la concurrence n'est ainsi qu'un moyen.

13. — **L'arrêt Pronuptia.** L'autre arrêt considéré comme illustratif de l'introduction d'une règle de raison en droit communautaire est l'arrêt *Pronuptia* en date du 28 janvier 1986 (16) dans lequel la Cour décide que *« l'ensemble des clauses restrictives incluses dans un contrat de franchise en vue d'assurer la protection du savoir-faire transmis ou la préservation de l'identité et de la réputation du réseau est compatible avec l'article 81 § 1 du Traité »* ; le réseau de franchise constitue une forme légitime d'organisation. De nombreuses restrictions ont ainsi été jugées légitimes afin de faciliter la communication du savoir-faire et sa protection ; telles que notamment l'obligation de non-concurrence post contractuelle ou la demande d'agrément au franchiseur lors de la cession de son entreprise par le franchisé. La Cour a qualifié ces mesures de *« propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne ».*

14. — **La jurisprudence dite des « *parfums* ».** En revanche, la série d'arrêts dits *« parfums »*, autrement appelés les arrêts *Yves Saint Laurent et Givenchy*, du 12 décembre 1996 (17) nous semblent révélateurs d'une véritable utilisation de la règle de raison. Il est alors nécessaire de retranscrire dans cette étude les termes de la solution du Tribunal : *« un système de distribution sélective est conforme à l'article 85 § 1 (devenu l'article 81 § 1) du Traité de Rome s'il satisfait à quatre conditions ; à savoir*

(14) C. HENDERYCKSEN, *La règle de raison et les contrats*, Thèse Montpellier, 1998, sous la direction de D. FERRIER.
(15) D. FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes, Etude de la règle de raison*, Thèse Paris II, 1993, Préface de H. GAUDEMET – TALLON, éd. Joly, 1992.
(16) CJCE 28 janvier 1986, *Pronuptia*, Aff. 161/84, Rec. 1986, p.353 ; RTD eur. 1986, p.298, note M.-Ch. BOUTARD-LABARDE – RTD eur. 1987, p.237, obs. R. KOVAR – J.-J. BURST et R. KOVAR, *La mariée est en blanc*, Gaz. Pal. 1986, 1, doct. P.392 – P.DEMARET, *L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition*, JCP E 1986, II, 14826, p.729 – J.-P CLEMENT, *La franchise et le droit communautaire des ententes*, Gaz. Pal. 1986, 1, p.198 – Ph. LAURENT, *La légitimité communautaire de la franchise*, Gaz. Pal. 1986, 1, p.172.
(17) TPI 12 décembre 1996, *Yves Saint Laurent*, Aff. T-19/92, Rec. 1996, II, p.1851 - Aff. T-88/92, *Givenchy*, Rec. 1996, II, p.1851 ; Contrats, concurrence, consommation 1997, n°1, p.13, note L. VOGEL.

une exigence légitime eu égard à la nature des produits concernés, un choix des revendeurs selon des critères objectifs de caractère qualitatif appliqués de façon non discriminatoire, des critères n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire, et enfin un objectif d'amélioration de la concurrence susceptible de contrebalancer une limitation de concurrence inhérente à la distribution sélective ». Le Tribunal s'est ainsi interrogé de la façon suivante : la particularité des produits en cause nécessitait-elle la mise en place d'un réseau de distribution *a priori* restrictif de concurrence ? L'obligation imposée aux distributeurs d'embaucher du personnel qualifié est-elle justifiée par la technicité du produit ? Et enfin, privilégier une distribution spécifique des produits en limitant la revente par la grande distribution est-elle discriminatoire ? Ainsi la lecture de cette solution permet de conclure qu'il n'y a pas une appréciation en aval de la restriction de concurrence comme cela est le cas lors d'un bilan économique, mais bien au contraire en amont. La pratique n'est justifiée que parce qu'elle n'apporte pas de restrictions déraisonnables de concurrence et que son bilan est pro concurrentiel, notamment du fait que la pratique recèle un objectif d'amélioration de la concurrence.

15. — **L'arrêt Métropole Télévision.** Malgré ces arrêts considérés comme des exemples d'application de la règle de raison dans la jurisprudence communautaire, un arrêt récent semble au contraire rejeter la prise en compte d'une telle règle par le droit communautaire de la concurrence, il s'agit de l'arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes du 18 septembre 2001 ([18]). Le Tribunal a pu ainsi affirmer que « *l'existence d'une règle de raison n'a pas été confirmée par les juridictions communautaires* » ; la règle de raison ne serait finalement que la traduction du principe selon lequel il n'existerait pas d'interdiction *per se*, systématique, des ententes.

16. — Le TPI décide en effet que « l'interprétation au moyen de la règle de raison s'avère difficilement conciliable avec la structure normative de l'article 81 §1 [...] ce n'est que dans le cadre précis de l'article 81 §3 qu'une mise en balance des aspects pro et anti concurrentiels d'une restriction peut avoir lieu » (Points n°73 et 74 de la décision)et qu'en tout état de cause les arrêts qui auraient pu consacrer une lecture souple de l'interdiction posée par l'article 81 §, devenu l'article 101, « ne sauraient être interprétés comme consacrant l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence » (Point n°76 de la décision).

17. — Le Tribunal considère au contraire que la Cour n'effectuait qu'une analyse *in concreto* afin d'examiner l'application de l'article 81 §1,

(18) TPI 18 septembre 2001, *Métropole télévision et a. c/ Commission*, Aff. T-112/99, Rec. 2001, II p.254 ; Contrats, concurrence, consommation, 2002, comm. n°12, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO; Europe 2001, comm. n°327, obs. L. IDOT - Contrats, concurrence, consommation 1996, comm. n°149, note L. VOGEL.

devenu l'article 101, du Traité à une pratique qui lui était soumise. De plus, la structure de l'article 81 ne serait pas compatible avec la méthode d'analyse issue de la règle de raison, en effet *« l'article 81 §3 permet de sauver une entente prohibée par le paragraphe 1, or la règle de raison telle qu'elle est consacrée par le droit antitrust américain s'explique par le fait que ce dernier ne prévoit aucune exception atténuant le principe rigoureux de l'interdiction des ententes »* ([19]).

18. — **L'arrêt Wouters.** Cette dernière jurisprudence semble avoir été remise en cause par un arrêt de la Cour de justice du 19 février 2002 dans une affaire *Wouters* ([20]). M. Wouters, associé d'une société de conseillers fiscaux, s'était vu refusé l'inscription au Barreau de Rotterdam en raison des liens que sa société entretenait avec une société exclusivement tournée vers l'expertise comptable, un règlement ordinal applicable aux Pays Bas interdisant une telle collaboration. Il s'agissait pour la Cour d'apprécier cette restriction contenue dans une disposition de droit interne au regard de l'article 81, §1, à défaut de notification préalable selon les exigences applicable pour la mise en œuvre du §3. Selon certains auteurs ([21]) la Cour aurait adopté la règle de raison puisque cette dernière aurait admis qu'une restriction de concurrence était caractérisée au titre de l'article 81 §1, mais que dans le même temps il existerait une exception de par la garantie du bon exercice de la profession telle qu'elle est organisé par l'Etat membre. Il y avait lieu, selon la Cour, de tenir compte « *du contexte global dans lequel la décision d'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle, de responsabilité que procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration* » (Point n°97 de la décision). Doit- on considérer que la théorie de la règle de raison est toujours d'actualité, ou que la Cour a eu seulement l'intention d'admettre cette application au cas d'espèce qui lui était soumis ?

(19) PH. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec 2003, coll. Affaires finances, n°441 – C. PRIETO, Les *professions libérales et le droit de la concurrence : de la confrontation à la conciliation des finalités, in La modernisation du droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006.

(20) CJCE 19 février 2002, *Wouters*, Aff. C–309/99 ; Contrats, concurrence, consommation, 2002, comm. n°64, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO - L. IDOT, *Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu* ; Europe 2002, Chron. n°6 – JDI 2002, 592, obs. C. PRIETO, du même auteur, *Les professions libérales et le droit de la concurrence : de la confrontation à la conciliation des finalités, in La modernisation du droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006.

(21) PH. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec 2003, coll. Affaires finances, n°441.

19. — **Règle de raison et règlement n°1/2003.** Le règlement n°1/2003 du 16 décembre 2002 (22) et la communication de la Commission sur les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, §3 du traité (23) ont une influence directe sur la prise en compte actuelle de la règle de raison par le droit communautaire. En effet, la Commission prend le soin de préciser au sein de l'article 11 des lignes directrices que « *L'appréciation au regard de l'article 81 s'effectue donc en deux étapes. La première consiste à déterminer si un accord entre entreprises, qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, a un objet anticoncurrentiel ou des effets anticoncurrentiels réels ou potentiels. La seconde étape, qui n'a lieu d'être que s'il est avéré qu'un accord restreint le jeu de la concurrence, consiste à déterminer les effets proconcurrentiels produits par cet accord et à voir si ces effets proconcurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. La mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 81, paragraphe 3* », cela semblerait donc exclure toute autre méthode d'appréciation de la validité d'un accord. La méthode d'identification des restrictions verticales semblent finalement « *plus stricte et empreinte d'analyse économique* » (24), ce qui laisserait « *peu de place à la règle de raison* » (25).

(22) Règlement CE n° 1/2003, 16 décembre 2002 ; JOCE 4 janvier 2003, n° L 1, p.1. Commentaires : R. KOVAR, *Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité*, D. 2003, Chron. 478 – L. IDOT et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions*, JCP éd. E 2001, p.160 – L. IDOT, *La modernisation du droit de la concurrence*, JCP éd. G 2003, Actualité, p.1 - L. IDOT, *Premières vues sur le nouveau règlement de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Europe 2003 - L. IDOT et J.-B. BLAISE, *Chronique de droit de la concurrence*, RTD eur. 2003, p.287 - L. IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Cah. dr. eur. 2004 – L. IDOT, *Le futur « règlement d'application des articles 81 et 82 CE » : chronique d'une révolution annoncée*, D. 2001, p.1370 – J. BASEDOW, *La renationalisation du droit communautaire de la concurrence*, RAE 2001-2002, n 1, p.92 – P.ARHEL, *Modernisation des règles de concurrence relatives à la mise en œuvre de l'interdiction des ententes et abus de position dominante*, Petites affiches 2 avril 2003, p.6 – S. REIFEGERSTE, *L'articulation du droit communautaire de la concurrence et du droit national de la concurrence*, JCP éd. G 2003, I, n 125 – E CLAUDEL, *A propos du règlement 1/2003*, Petites affiches 20 mai 2003, p.7 – PH. RINCAZAUX, *Règlement CE n°1/2003 : quels changements ?,* Rev. Lamy dr. Aff. 2003, n 61, n°3821, BRDA 2004, n°8, p.14, *Règlement CE n° 1/2003 : vers une communautarisation du droit de la concurrence et une nationalisation de se mise ne œuvre ?* (1ère partie et 2ème partie) ; Bull. d'actu. Lamy Droit économique, n°162 et 163, mai et juin 2003 – L. VOGEL, *Réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité CE : les conséquences pratiques du « paquet modernisation »,* JCP éd. E 2004, n°1389 – P.ARHEL, *Concurrence* (mise en œuvre par les autorités et juridictions nationales), Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire – C. NOURISSAT et R. WITTERWULGHE, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004.

(23) Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité ; JOUE C 101, 27 avril 2004, p.97.

(24) G. RIVEL, *La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence, « inelegantia juris »* : D. 2008, p.237.

(25) G. RIVEL, *La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence, « inelegantia juris »* : D. 2008, p.237.

PARAGRAPHE 3: LE MECANISME DE L'EXEMPTION

20. — **Exemption et sécurité juridique.** En marge des exemptions individuelles que la Commission pouvait accorder aux entreprises, la perspective d'une exemption par catégorie s'est révélée être un instrument de concurrence favorisant la sécurité juridique (26) et diminuant le coût global que représentaient les opérations de notifications individuelles. Il suffit alors pour les entreprises de se conformer aux exigences dictées par le règlement afin de bénéficier d'une « *présomption de légalité* » de leurs pratiques (27). En ce qui concerne le mécanisme d'exemption individuelle, les exigences sont posées par l'article 101, §3 du Traité et doivent être satisfaites de manière cumulative (28), la charge de la preuve incombant aux parties (29). Outre le texte, la jurisprudence du Tribunal et de la Cour, les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce entre Etats membres ont apporté quelques précisions supplémentaires (30). Il faut ajouter qu'ont été notamment modifié l'ordre d'appréciation des conditions posées par l'article 101, §3 en privilégiant au préalable le caractère indispensable de la mesure pour ensuite s'interroger sur le profit qu'elle peut réserver aux utilisateurs finals. Les autorités chargées d'appliquer l'article 101, §3 du Traité sont, depuis l'entrée en vigueur du règlement n 1/2003 du 16 décembre 2002 (31), les juges nationaux et la Commission, cette dernière ayant perdu sa compétence exclusive. Dans l'hypothèse où les accords examinés conduisent, également, à la qualification d'abus de position dominante en infraction avec l'article 102 CE, la Commission considère alors qu'ils ne

(26) L. IDOT et B. VAN DE WALLEDE GELCKE, *Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions*; JCP éd. E 2001, CDE n°1/2.
(27) Le règlement n°1/2003 a profondément modifié l'organisation de la procédure en matière d'exemption puisque désormais la compétence exclusive que détenait la Commission a été supprimée au profit des juridictions nationales. De la même façon, le système de notification préalable a été remplacé par un système de conformité a priori auquel les entreprises devront se plier. L'entrée en vigueur d'un tel système aura probablement comme conséquence un comportement spécifique de la Commission : renforcer et contrôler le contenu des règlements d'exemption puisqu'ils seront une manière de maintenir indirectement son influence.
(28) TPI 15 juillet 1994, *Matra Hachette*, Aff. T-534/93, Rec. 1944, II, p.595 ; Gaz. Pal. 1994, 2, Somm. p.641 ; Europe 1994, comm.n°382, note L. IDOT - TPI 8 juin 1995, *Langnese*, Aff. T-7/93, (Points n 178 et 179), Rec. 1995, II, p.1533 - CJCE 25 mars 1996, *SPO*, Aff. C-137/95 P, Rec. 1996, I, p.1611 ; Europe 1996, comm. n°254 - TPI 11 juillet 1996, *Metropole Television SA*, Aff. jointes T-528/93, T-542/93, T-543/93 et T-546/93, Rec. 1996, II, p.649 ; Europe 1996, comm. n°360, obs. L. IDOT ; Contrats, concurrence, consommation 1996, comm. n°149, note L. VOGEL.
(29) TPI 8 juin 1995, *Langnese*, (Points n°178 et 179), Aff. T-7/93, Rec. 1995, II, p.1533 - TPI 8 juin 1995, *Schöller Lebensmittel GmbH* (Points n°140 et 141), Aff. T-9/93, Rec. 1995, II, p.1611 ; Contrats, concurrence, consommation 1995, Comm. n°130, obs. L. VOGEL; Europe 1995, Comm. n°311, obs. L. IDOT.
(30) Communication CE, 27 avril 2004, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE, JOUE 27 avril N C 101.
(31) JOUE 4 janvier 2003, n L 1.

peuvent bénéficier de l'application de l'article 101, 3 CE, que ce soit en vertu d'une exemption individuelle ou en vertu d'une exemption générale (32).

21. — **Conditions positives de l'exemption.** Toute entente peut, par principe, être exemptée dès lors que les conditions de l'article 101, §3 sont remplies. Pour autant, dans l'hypothèse d'une restriction caractérisée, la Commission peut refuser le bénéfice de l'exemption (33). En premier lieu, la pratique examinée ne pourra bénéficier d'une exemption par catégorie qu'à condition de contribuer à l'amélioration de la production ou de la distribution ou à la promotion du progrès technique ou économique. Appliquée aux accords de distribution, cette exigence signifie que l'accord doit permettre la construction de réseaux favorisant la réduction de coûts de distribution, tout en contribuant à l'amélioration de la qualité des prestations fournies au consommateur. Ensuite, la pratique doit réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui résulte de la mise en place de la restriction, la notion d'utilisateurs ne se limitant pas aux consommateurs, mais s'étend aux utilisateurs industriels et aux revendeurs. De même, la notion de profit n'est pas limitée à la seule baisse des prix, mais peut être constitutive d'une amélioration globale de la qualité, des garanties de service après vente, ou bien encore d'approvisionnements plus réguliers (34).

22. — **Conditions négatives de l'exemption.** Dans l'hypothèse où ces deux conditions positives seraient remplies, la pratique doit ensuite répondre à deux autres conditions « *négatives* » : elle ne doit pas susciter de restrictions non indispensables pour atteindre les objectifs de l'accord et éliminer de la concurrence pour une partie substantielle du marché en cause. A l'instar des dérogations prévues en matière de libre circulation des personnes ou des marchandises, l'entrave ainsi crée doit être nécessaire à la réalisation de l'objectif recherché. La Commission applique donc le principe de proportionnalité et examine *in concreto* les clauses des accords qui lui sont soumis. Enfin, le maintien d'une « *dose minimale de concurrence* » reste un impératif absolu, il ne saurait être question, par la mise en place d'un accord ou d'une pratique, d'éliminer de la concurrence pour une partie substantielle du marché en cause.

(32) Inversement le bénéfice d'une exemption ne saurait valoir exonération de l'interdiction énoncée à l'article 82 CE : c'est dire qu'une entente exemptée dans les conditions de l'article 81, 3 CE peut néanmoins constituer un abus de position dominante (TPI 10 juillet 1990, *Tetra Pak*, Aff. T-51/89, Rec. 1990, II, p.309 ; TPI 8 octobre 1996, *Cie Maritime Belge Transports SA*, Aff. jointes T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, Rec. 1996, II, p.1201 ; Europe 1996, comm. n°465, obs. L. IDOT).
(33) Communication CE, 27 avril 2004, précitée, point 46.
(34) CJCE 25 octobre 1977, *Metro I*, Aff. 26/76, Rec. 1977, p.1875; CDE 1978, p.461, obs. A. FRIGNANI.

23. — **Appréciation globale de l'accord.** En sus de la vérification des quatre conditions, l'autorité de contrôle doit rechercher si « les avantages découlant d'un accord de distribution tel qu'il est effectivement pratiqué compensent les désavantages dus à la restriction de concurrence dans son application pratique » (35). Pour autant, certaines restrictions sont difficilement admises, et notamment celles qui concernent les prix et celles qui favorisent une protection territoriale absolue.

24. — Certains secteurs restent régulés par un règlement d'exemption par catégories pris en application de l'article 101, §3 du traité. Ainsi lorsqu'un accord remplit les conditions prévues dans un règlement d'exemption par catégorie, il n'est pas soumis à l'obligation de notification individuelle: il est automatiquement valide et exécutoire. En pratique, il existe, notamment, des règlements d'exemption par catégorie pour les accords verticaux, les accords de recherche et de développement, les accords de spécialisation, les accords de transfert de technologie et les accords de distribution automobile.

SECTION 2: LES REGLEMENTS N°123/1985 ET N°1475/1995

25. — **Règlement n°123/1985.** Le règlement n°123/1985 (36) fit suite à la première affaire impliquant un constructeur européen d'automobiles soupçonné de cloisonner le secteur (37), mais malgré ce vœux pieux de libéraliser le marché, ce règlement ne mit pas en péril la stratégie des constructeurs. Il exemptait en effet les clauses permettant une sélection rigoureuse et discrétionnaire des distributeurs, ces derniers étaient alors astreints à de nombreuses obligations de coopération commerciale de toute nature. Ils pouvaient être contraints d'assurer une obligation de service après-vente performant et ne pouvaient prétendre qu'à une exclusivité de territoire précaire. Le constructeur était en droit d'interdire toute revente hors réseau, la commercialisation de marques concurrentes et obliger à une quantité de stock de véhicules et de pièces de rechange qu'il fixait arbitrairement. Quant au contenu contractuel du contrat, le distributeur bénéficiait de nouvelles protections relatives à la durée du contrat (les contrats devaient avoir une durée minimale de 4 ans) et à sa résiliation (un préavis d'un an devait être respecté en cas de contrat à durée indéterminée, ce préavis était allongé dans le cas où le distributeur avait assumé des

(35) Comm. CE 16 novembre 1983, *Ford Werke* AG, n°83/560/CEE ; JOCE 24 novembre n° L 327.
(36) Règlement CEE n°123/85 du 12 décembre 1984, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles ; WERNHARD MÖSCHEL, *La distribution sélective d'automobiles en droit européen de la concurrence* ; RTD com. 1991, p.1 et s.
(37) Comm. CE 13 décembre 1974, *BMW* ; JOCE du 3 février 1975, p.1.

obligations contraignantes). Le règlement n°123/1985 ne permit pas un réel décloisonnement du marché dans la mesure où l'objectif était de traiter la revente hors réseau par les distributeurs sélectionnés.

26. — **Règlement n°1475/1995.** Au contraire, le règlement n°1475/1995 se voulait beaucoup plus audacieux et a notamment permis l'émancipation des distributeurs face aux maîtres de réseaux (38). Parmi les principales modifications, il convient seulement d'énumérer les dispositions suivantes :

- le multimarquisme est en théorie possible, sous réserve de respecter certaines exigences du constructeur,
- la publicité à l'extérieur du territoire imparti est autorisée, sauf à utiliser des méthodes de publicité personnalisées,
- un recours obligatoire à l'arbitrage est introduit dans le texte du règlement,
- la durée des contrats est augmentée (le contrat doit être conclut pour cinq ans), ainsi que la durée du préavis en cas de contrat à durée indéterminée (cette dernière est alors de deux ans).

27. — **Réparation indépendante et secteur de la pièce de rechange.** Les réparateurs indépendants ne furent pas oubliés par les rédacteurs du règlement, ils pouvaient requérir des constructeurs un certain nombre d'informations techniques nécessaires à la réparation et l'entretien des produits contractuels. Quant aux producteurs indépendants de pièces de rechange, ils pouvaient approvisionner librement le réseau du constructeur à condition de fournir des pièces de qualité équivalente à celles offertes par lui.

28. — **Système des clauses noires.** Enfin, le règlement n°1475/1995 contenait une liste de clauses noires dont l'insertion dans le contrat faisait perdre automatiquement le bénéfice de l'exemption. A ce titre, le règlement interdisait *« les clauses ou pratiques dont l'objet ou l'effet est d'entraver ou d'interdire les importations et exportations parallèles ».* En pratique, est affirmée la liberté du consommateur d'acheter sa voiture partout où il le désire. Cette dernière question fut le nœud du litige de

(38) Règlement (CE) n° 1475/95 de la Commission du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles ; JOCE n° L 145 du 29/06/1995, p.25 et s. - L. et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile*, Dalloz 1996 – J.-M. COUMES, Le nouveau règlement d'exemption dans le secteur de la distribution automobile ; Rev. Marché commun 1996, n°400, p.493 – J.-Cl. FOURGOUX, *Les nouvelles règles applicables aux réseaux de concessionnaires automobiles* ; JCP éd. E 1996, I, n°550 - *Distribution automobile : le nouveau règlement* ; JCP éd. E 1996, I, n°1. ; M.-L. DE CONTES, *Le nouveau règlement n°1475/1995 : quelles incidences sur la rédaction des contrats de concession* ; D. Aff. 1995, p.35.

nombreuses affaires impliquant des constructeurs automobiles accusés de comportements restrictifs de concurrence, dans la mesure où de nombreux consommateurs rencontraient des obstacles aux achats hors de leur zone de résidence. Parallèlement, les distributeurs qui souhaitaient pleinement profiter des opportunités commerciales offertes par le règlement étaient menacés de sanctions par les constructeurs. L a mise en œuvre du règlement n°1400/2002 a indéniablement amélioré les conditions de distribution en accordant aux distributeurs une protection particulièrement large, protection largement remise en cause lors de l'adoption du nouveau règlement désormais applicable depuis le 31 mai 2010.

SECTION 3: L'ELABORATION DU REGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATEGORIE N°1400/2002

29. — **Opportunité d'un nouveau règlement sectoriel.** Lorsque le règlement n°1475/1995 arriva à expiration, l'opportunité d'un règlement spécifique au secteur de la distribution automobile était discutée. L'interrogation était d'autant plus justifiée que la tendance de la Commission était alors de ne pas remplacer les règlements d'exemption, mais au contraire de les intégrer dans un seul texte : le règlement n°2790/1999. Cependant, la spécificité du bien automobile empêchait une telle intégration, il s'agit d'un bien meuble coûteux et techniquement complexe qui nécessite des travaux d'entretien importants, il représente une dépense considérable dans le budget d'un ménage.

30. — **Restrictions verticales spécifiques au secteur.** A ces considérations micro économiques s'ajoutaient une série de restrictions verticales : un système de distribution sélective associée à des territoires exclusifs et une obligation de non-concurrence ; ce secteur représentait alors un exemple flagrant de ces effets restrictifs cumulés néfastes que la Commission s'engageait à combattre. A l'inverse, si le choix d'intégrer la distribution automobile dans le régime général tel qu'issu du règlement n°2790/1999 avait été préféré, il n'aurait pas été satisfaisant d'un point de vue concurrentiel. En effet, le règlement n°2790/1999 permet de combiner une exclusivité territoriale et les caractéristiques de la distribution sélective des distributeurs, combinaison qui a contribué selon la Commission à cloisonner le marché. Plus généralement, cela a permis de s'interroger sur la nécessité de traiter plus sévèrement le secteur de la distribution automobile que d'autres accords verticaux de distribution. Certains paraissent douter de la légitimité de ce traitement particulier (39) et rejettaient toutes les justifications de la Commission. Il n'y aurait aucune position dominante d'un fournisseur qui obligerait à une plus grande

(39) L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile;* Gaz. Pal, numéro du 02 au 04 mars 2003, p.13.

vigilance que dans un autre secteur et les différentiels de prix ne seraient pas un danger important dès lors que ces écarts étaeint une donnée constante pour tous les produits en Europe. M. VOGEL réfute un argument qui nous apparaît au contraire être l'explication essentielle de ce traitement plus sévère des accords de distribution de produits automobiles ; il s'agit des différentes affaires récentes qui ont mis en cause de nombreux constructeurs (40). Ce ne seraient que des décisions *« concernant quelques producteurs de certains pays et représentant peu de choses par rapport aux amendes records infligées dans de nombreux autres secteurs »* (41), alors qu'au contraire elles ont été d'une importance considérable dans l'élaboration du règlement n°1400/2002 et ont influencé le droit communautaire de la concurrence.

31. — **Ecarts de prix et distribution automobile.** Cet objectif d'assainissement des conditions de concurrence dans le secteur est relayé par un objectif connexe que la Commission ne cesse d'avancer pour justifier son action : il s'agit de la lutte contre les écarts de prix entre les Etats membres, afin de permettre au consommateur d'acheter son véhicule là où il est le moins cher. Or cet argument relatif aux écarts de prix doit être relativisé, la Commission évoquait alors des écarts de prix de l'ordre de 20% entre des marchés comme le Portugal ou l'Autriche (42). Il faut rappeler cependant que les écarts constatent les différences entre le prix hors taxe catalogue (différent de celui réellement payé) le plus faible et celui le plus élevé pour un même véhicule au sein de l'Union européenne. Un auteur (43) remarque pertinemment que d'autres produits sont révélateurs d'écarts de prix beaucoup plus importants, par exemple l'étude de la banque d'affaires Lehman Brothers fait état des écarts de prix de 60% des primes d'assurances et de 40% pour des produits comme le vin ou les titres de transports. Cette étude constate un écart de prix en matière automobile s'élevant à seulement 8%.

32. — **Ecarts de prix et responsabilité du constructeur.** L'on évoquera sur ce point un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 26 janvier 2005 (44) relatif à la mise en cause de la responsabilité du constructeur du fait de ces différences de prix entre les différents pays de l'Union. Le concessionnaire estimait que le concédant ne l'avait pas mis en mesure de faire face à la concurrence frontalière des distributeurs belges et

(40) Cf pour plus de précision l'analyse de ce contentieux faite en introduction de la présente étude.
(41) L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile*; Gaz. Pal, numéro du 02 au 04 mars 2003, p.13.
(42) La Commission publie sur son site des rapports biannuels sur les écarts de prix au sein de l'Union européenne.
(43) C. DUBOIS, *La distribution automobile et la politique européenne de concurrence*, éd. L'Harmattan, 2003, p.90 et s.
(44) CA Paris, 26 janvier 2005, Ch. 5, sect. A, *SA Bellevue auto c/ société Groupe Volkswagen France*, n° JurisData : 2005-274620.

qu'il devait à ce titre réparation sur le fondement délictuel et contractuel, il arguait au surplus que la résiliation dont il était victime était abusive. Sa demande fut refusée en première instance et la Cour d'appel confirma en partie le jugement. Plus précisément, la Cour décida que « *le concédant n'est pas tenu de compenser les écarts pouvant apparaître entre les prix pratiqués par son propre réseau et ceux des distributeurs implantés dans d'autres Etats membres […], une telle obligation étant étrangère aux clauses convenues entre les parties comme à l'obligation générale d'exécution de bonne foi des conventions inscrite à l'article 1134 du Code civil* ». Au regard du fondement délictuel invoqué par le concessionnaire, la Cour estima que les écarts de prix étaient la résultante de nombreux facteurs, notamment techniques, sociaux, fiscaux ou commerciaux dont le concédant n'avait pas la totale maîtrise, la Cour de cassation confirma cette analyse le 20 février 2007 (45). Il semble, sur ce point, que l'action du concessionnaire était inspiré des fameux arrêts *Huard* et *Chevassus Marche* en date respectivement du 03 novembre 1992 (46) et du 24 novembre 1998 (47), par lesquels la Cour de cassation avait imposé au fournisseur une nouvelle obligation envers son distributeur : lui permettre de pratiquer des prix concurrentiels, et plus largement d'affronter dans des conditions normales la concurrence.

33. — **Calendrier législatif du REC n°1400/2002.** Lors de l'élaboration du règlement la Commission entama une phase de consultation (48) dès la publication de son rapport d'évaluation sur le règlement n°1475/1995 (49), le projet de règlement vit le jour en février 2002 (50). Le rapport sur l'évaluation du règlement n°1475/95 faisait état

(45) Com. 20 février 2007, n°05-15152.

(46) Com. 03 novembre 1992, *BP c/ Huard*; Bull. Civ. IV, n°338 – JCP éd. G 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY – Contrats, concurrence, consommation 1993, comm. n°45, obs. L. LEVENEUR – RTD civ. 1993, p.124, obs. J. MESTRE– Rep.Defr. 1993, art. 35663, p.1377 et s. obs. J.-L AUBERT.

(47) Com. 24 novembre 1998, *Chevassus Marche c/ Sté Groupe Danone et a.* ; Bull. civ. IV, n°277 – JCP éd. E 1999, p.1242 et s., note C. JAMIN– JCP éd. G 1999, II, 10210, note Y. PICOD – RTD civ. 1999, p.98 et s., obs. J. MESTRE et p.646, obs. P.-Y. GAUTHIER – Rep.Defr. 1999, art. 36953, p.371 et s., obs. D. MAZEAUD– Quot. Jur. 22 décembre 1998, p.6, note P.M – Contrats, concurrence, consommation 1999, comm. n°56, obs. M. MALAURIE VIGNAL.

(48) Le cabinet Andersen fut notamment chargé d'analyser les données du secteur et d'évaluer l'impact des diverses dispositions que pourraient contenir le règlement ; « Study on the impact of possible future legislative scenarios for motor vehicle distribution on all parties concerned - Andersen - 03.12.2001 ».

(49) Rapport présenté par la Commission le 15 novembre 2000 sur l'évaluation du règlement n°1475/95 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après- vente de véhicules automobiles (Doc. Comm. CE n° 743 final, 15 novembre 2000, disponible sur le site http://eur-lex.europa.eu) - P.ARHEL, *Présentation du rapport de la Commission européenne sur la distribution automobile*, Revue Lamy Droit des affaires 2001, n°34.

(50) Il fut publié le 16 mars 2002 (Communication Comm. CE nº 2002/C67/02, JOCE 16 mars 2002, nº C 67, p.2), ce travail est disponible sur le site de la Commission. Il a suscité de nombreuses critiques et commentaires : P.ARHEL, *Le futur règlement automobile,*

d'une concurrence insuffisante, tant en ce qui concerne la concurrence entre les distributeurs (la Commission justifiait en pratique ce constat par le nombre d'affaires introduites devant elles à propos de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les constructeurs afin de cloisonner les différents territoires et marchés), que celle entre constructeurs eux-mêmes (51), ou encore celle relative au marché de l'après-vente, et notamment pendant la durée de la garantie constructeur, le consommateur ne retrouve la possibilité de faire jouer la concurrence qu'à l'expiration de cette garantie. La Commission se prononça à ce stade pour disparition du lien entre les services de vente et d'après- vente, elle considèra que « *les considérations techniques et notamment le souci légitime de sécurité ne sont plus déterminantes (Rapp. § 232 et s.) […] et qu'une majorité de consommateurs estiment que la séparation serait favorable au consommateur (Rapp. § 230) [...de plus…] certains constructeurs n'excluent pas qu'à l'avenir, ils désignent des distributeurs qui se borneront pas vendre les véhicules (Rapp. § 238)* ».

34. — **Indépendance des distributeurs.** Le règlement n°1475/95 avait pour objectif central l'indépendance du distributeur, or la Commission dressa sur ce point un constat négatif :

- la possibilité d'utiliser des pièces de rechange de qualité équivalente est restreinte par diverses pratiques de constructeurs (52),
- la durée minimum des contrats n'a pas favorisé l'indépendance des distributeurs car la mise en place de système de distribution sélective limite au terme du contrat la possibilité pour le distributeur évincé de contracter avec un autre constructeur,
- le distributeur ne peut préjuger de sa marge finale car la ristourne accordée par le constructeur est calculée sur la base de critères déterminés de façon unilatérale par le constructeur, et ne sont connus qu'en fin d'année,

---

Lamy droit économique, Bulletin d'actualité G, n°150, avril 2002, p.1 – C. BOURGEON, *Continuité de la spécificité automobile, changement des structures de distribution*, Jurispr. auto, 15 févr. 2002, p.38 – A. HERMEL, *La distribution automobile: les problèmes actuels, les réponses à venir*, LPA, 22 mars 2002, p.6 – L. et J. VOGEL, *Le projet de nouveau règlement automobile*, Jurispr. auto, 15 févr. 2002 – L. et J. VOGEL, *Le projet de nouveau règlement automobile : who will be in the driver's seat ?*, D. 2002, p.786 - L. et J. VOGEL, *Quelles améliorations peut-on apporter au projet de règlement sur la distribution automobile ?*; JCP éd. E. 2002, p.794, n° 761.

(51) La faculté de distribuer plusieurs marques étant en pratique quasi inexistante, cependant le constat de la Commission quant au degré de concurrence entre constructeurs est moins sévère que pour celle entre les distributeurs eux-mêmes.

(52) Ils pratiquaient ainsi des ristournes sur les pièces de rechange de leur marque particulièrement élevées dissuadant les distributeurs de recourir à des pièces concurrentes, ou empêchaient les producteurs de pièces de rechange d'apposer leur marque ou leur logo sur leurs produits afin d'empêcher le consommateur de connaître l'origine de ces produits.

- enfin, les constructeurs continuent d'imposer des objectifs de vente non exemptés (53), limitent la possibilité pour les distributeurs de commercialiser plusieurs marques en imposant des critères restrictifs quant à la présentation des produits, et refusent le plus souvent l'accès à l'information technique.

35. — **Protection du consommateur.** Enfin, la Commission a tenté d'évaluer la protection de l'intérêt des consommateurs, elle a considéré que les différences de prix entre les Etats membres de la Communauté n'étaient pas assez conséquentes, les délais de livraison imposés en cas d'achat transfrontaliers ou par l'intermédiaire de revendeurs indépendants (54) étaient contraignants et le service après- vente proposé pour des véhicules achetés en dehors du réseau n'était pas satisfaisant.

36. — **Entrée en vigueur du règlement n°1400/2002.** Ces divers constats sont à l'origine des modifications contenus dans le nouveau règlement, elles se justifiaient par la non atteinte des objectifs du règlement n°1475/95. Le règlement n°1400/2002 fut ensuite publié le 31 juillet 2002 pour entrer en vigueur le 1er octobre 2002 (55) il fut accompagné d'une

(53) Le règlement (CE) n° 1475/95 autorise les constructeurs et distributeurs automobiles à convenir d'objectifs de vente annuels, cette faculté s'accompagne d'une obligation de soumettre leurs divergences à un tiers expert. Cependant, dans certains cas, les constructeurs fixent unilatéralement, et sans accorder à leurs distributeurs le droit de demander un arbitrage, des objectifs de vente quatre fois par an, qui sont valables pour les trois mois suivants alors que ce comportement n'est pas exempté.

(54) Les distributeurs du réseau ne pouvaient vendre de véhicules neufs à des revendeurs indépendants, or la Commission s'interrogea alors en ces termes :« l'exclusion de ce type de distributeurs est toujours justifiée [...] et il semble n'y avoir aucune raison objective imposant que le contrôle d'un véhicule avant sa livraison ne puisse être effectué par le constructeur avant que la voiture ne soit livrée au distributeur [...] En outre, des comparaisons entre la qualité des travaux effectués par des réparateurs indépendants et ceux appartenant aux réseaux des constructeurs montrent que les réparations effectuées par des revendeurs et des réparateurs indépendants sont tout aussi bonnes que celles effectuées par les distributeurs officiels » (Rapp.§ 386).

(55) Règlement (CE) n°1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile ; JOCE du 1er août 2002, L. 203/30 – P. ARHEL, *Le nouveau règlement automobile est arrivé* ; Contrats, concurrence, consommation 2002, comm. n°4 ; *104 questions réponses sur le nouveau règlement automobile*, LPA 27 novembre 2002, p.7 – R. BERTIN, *Analyse des conditions de sélections de leurs réseaux par les constructeurs à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n°1400/2002 du 31 juillet 2002*, D.2003, p.1150 – Ch. BOURGEON, *Règlement européen, Visite guidée* ; Auto Infos, n°1156, 13 septembre 2002 ; *Un impact encore incertain*, J.A, n°804, 13 septembre 2002, p.38; *Le règlement CE n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ?*, Gaz. Pal. 02 et 04 mars 2003, p.31 – J.-Cl. FOURGOUX, *Rapports constructeurs/distributeurs automobiles. Du monologue au dialogue*, Droit et patrimoine juin 2003, n°116, p.75 – L. IDOT, *Le nouveau règlement d'exemption relatif à la distribution automobile*, Europe octobre 2002, comm. n°3 – F. MOREA U et P. SERGANT, *Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après vente de véhicules automobiles*, D. 2002, p.2725 – S. POILLOT-PERUZZETO, *Le règlement 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 dans le secteur automobile*, RTD. com. 2002, n°3, p.750 – C. PRIETO, *Règlement d'exemption dans le secteur automobile, Ca dre spécial de*

brochure explicative. Cette brochure explicative mérite d'ailleurs quelques commentaires ; elle correspond à une certaine évolution des instruments juridiques éloignée de la philosophie de notre système juridique. La technique des questions/réponses que l'on retrouve dans cette brochure est plutôt familière *« des systèmes de common law »* qui avancent de manière pragmatique, situation par situation (56).

37. — **Portée juridique de la brochure explicative.** La brochure explicative n'est pas un instrument contraignant, mais vise seulement à aider le juriste dans l'interprétation de certaines dispositions (57). Malgré cet objectif louable, elle n'en est pas moins critiquable ; du fait notamment de son inadaptation structurelle : l'on ne peut réguler tout un secteur à partir de simples règles non contraignantes, inadaptation à laquelle s'ajoute une remarque de bon sens : accompagner un texte normatif d'un accessoire non contraignant n'est-ce pas la démonstration de carence du texte ? L'autre critique que nous pouvons formuler à l'égard de cet instrument juridique est l'insécurité qu'il entraîne ; en effet de part l'absence de valeur contraignante, la Commission peut théoriquement modifier à tout instant son contenu et ainsi priver les entreprises de tout repère de comportement fiable. Enfin, nous verrons tout au long de cette étude que la brochure explicative n'aide pas toujours à l'interprétation, mais au contraire l'a complexifie. Ce type d'instruments, qu'ils soient nommés « *brochure explicative* » ou bien *« lignes directrices »* ont pour but affiché de permettre aux entreprises de procéder à leur autoévaluation, cette finalité a suscité la prise de position suivante de la Cour de Justice : « *en adoptant de telles règles de conduite et en annonçant par leur publication qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, l'institution en question [la Commission] s'autolimite dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et ne saurait se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre de la violation de principes généraux du droit, tels que*

---

l'interprétation de l'article 81, §3, J.Cl. Europe Traité, Fasc. 1456 – J.-M. THOUVENIN et R. AUBA NEL, *Le nouveau règlement automobile*, Rev. Marché commun 2002, n°600 – L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile*, Gaz. Pal. 02 et 04 mars 2003, p.13 – L. et J. VOGEL, *La distribution automobile à l'épreuve du nouveau règlement d'exemption*, Lamy droit économique, Bull. act. Octobre 2002, n°155, p.1 – L. et J. VOGEL, *Opportunités et contraintes du nouveau règlement automobile*, J.A, n°804, 13 septembre 2002, p.34 – L. et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile*, éd. LawLex, Collect. Juriscience, 2004.

(56) S. POILLOT-PERUZZETTO, *L'évolution des instruments juridiques : à propos des brochures explicatives*, Contrats, concurrence, consommation 2002, Repères n°10.

(57) Selon Mme S. Poillot-Peruzzetto, il s'agit d'un instrument « *non juridiquement contraignant, et sa fonction consiste, d'une part, à servir de guide aux différents opérateurs économiques, dont les consommateurs, et, d'autre part, à permettre aux entreprises de faire leur auto- évaluation relativement aux risques liés au droit de la concurrence* » (article précité). Exceptionnellement, le TPI a considéré que les prises de position de la Commission en matière d'accès au dossier l'engageaient (TPI 17 décembre 1991, *Hercules*, Aff. T. 7/89, Rec. 1991, p.1711), de même les prises de position en matière d'aides d'Etat ont pu avoir une dimension contraignante (CJCE 16 septembre 2002, *Espagne c/ Commission*, Aff. C. 351/98, Rec. 2002, p.8031).

l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime. Il ne saurait dès lors être exclu que, sous certaines conditions et en fonction de leur contenu, de telles règles de conduite ayant une portée générale puissent déployer des effets juridiques » (58).

SECTION 4: LA REFORME DU REGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATEGORIE N°1400/2002

38. — **Opportunité d'une nouvelle exemption catégorielle.** Le règlement n°1400/2002 est entré en vigueur le 1er octobre 2002, il prévoyait une période transitoire d'adaptation jusqu'au 30 septembre 2003 pour les accords auparavant soumis au règlement n°1475/1995 (Article 10 du règlement n°1400/2002), il a expiré le 31 mai 2010. Six ans après cette entrée en vigueur s'est posé la question de la reconduction d'une règlementation sectorielle spécifique en matière de distribution automobile ou de son incorporation au sein du droit commun des restrictions verticales. Conformément aux dispositions de l'article 11, Paragraphe 2, du règlement, la Commission était tenue d'établir un rapport d'évaluation du REC sur les pratiques du secteur, d'en apprécier les effets sur la concurrence dans le domaine de la distribution automobile et des services après vente. En préalable, la Direction Générale « *Concurrence* » de la Commission avait lancé une enquête en 2007 adressée à divers acteurs du secteur.

39. — **Rapport d'évaluation du REC n°1400/2002.** Ce rapport a été publié par les soins de la Commission et a pu être critiqué ou amendé par les tiers (59). Il faisait suite à diverses études menées par des cabinets d'audit spécialisés (60). Si, au préalable, la Commission note un accroissement de la concurrence inter marque sur le marché de la vente de véhicules neufs, elle estime que la cause n'est pas à rechercher dans les effets du règlement lui-même, mais plutôt dans des facteurs extérieurs tels que « *la surcapacité de production, l'innovation technologique et une intégration plus étroite des marchés* » (61). Le constat est moins tranché en ce qui concerne les services après-vente ; les réparateurs indépendants

(58) CJCE 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri A/S et a. c/ Commission*, Aff. C-189, 202, 205 à 208, 213/02 P., Point 211.
(59) Disponible sur le site : http://europa.eu.
(60) Ces quatre « *documents de travail* » sont publiés, de la même façon, sur le site http://europa.eu: « *Main elements and objectives* » (ce document n° 1 fournit une vue d'ensemble des objectifs poursuivis par le règlement n°1400/2002), « *Evolution of the motor vehicle markets* » (ce document propose de retracer l'évolution globale des marchés de la distribution automobile et des services après-vente) « *Public and private enforcement* » (cette annexe retrace l'expérience législative et juridictionnelle de la Commission dans l'application du règlement), « *The Impact of Regulation 1400/2002* » (il s'agit du prélude de l'analyse retenue par la Commission dans son rapport d'évaluation).
(61) Propos contenus dans le communiqué de presse de la Commission (IP/08/810) en date du 28 mai 2008 disponible sur le site : http://europa.eu.

peinent à devenir des acteurs à part entière du secteur en raison de faibles moyens financiers (62), alors que dans le même temps, les réparateurs agréés ont vu leur nombre augmenté. Pour ces derniers, le choix de la distribution qualitative opéré par les constructeurs a facilité un tel développement, outre le fait que les distributeurs de véhicules évincés du réseau se sont vus quasiment systématiquement proposer un contrat de réparateur agréé. Enfin, les fournisseurs de pièces de rechange ont conservé et augmenté leurs parts de marché par rapport aux circuits de distribution de pièces de rechange dites d'origine mis en place par les constructeurs. Par un communiqué de presse en date du 22 juillet 2009, la Commission a officialisé sa position (63). Elle a indiqué que si sa préférence s'orientait vers l'option qui consiste en l'adoption de dispositions sectorielles au sein du règlement général sous la forme de lignes directrices (64), elle n'entendait pas pour autant écarter celle consistant à adopter des dispositions sectorielles spécifiques sous la forme d'un règlement d'exemption par catégorie mettant l'accent sur les restrictions de concurrence et complétant les dispositions du règlement général d'exemption par catégorie (65). Il est à préciser que tant le règlement général que celui du 31 juillet 2002 applicable spécifiquement au secteur automobile sont venus à expiration à la même date : le 31 mai 2010. Cette coordination du calendrier législatif de la Commission n'est vraisemblablement pas le fruit du hasard et facilite incontestablement l'incorporation d'un texte dans l'autre.

40. — **Adoption du règlement n°461/2010.** La Commission a adopté le 27 mai 2010 le règlement n°461/2010 concernant l'application de l'article 101, Paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (66). L'objet de la présente étude sera donc d'analyser le droit applicable tel façonné par le règlement n°1400/2002 et amendé par le règlement n°461/2010, ceci afin d'appréhender les modifications que pourrait susciter la nouvelle position adoptée par la

(62) Un tel constat souffre une exception : les réparateurs indépendants organisés en chaîne d'ateliers ont pu conquérir de nouvelles parts de marché.
(63) Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final.
(64) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles (disponible sur le site http://ec.europa.eu).
(65) Projet de règlement CE N°…/… de la Commission du … concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (disponible sur le site http://ec.europa.eu).
(66) REC n°461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile ; JOUE L 129, 28/05/2010 P. 0052 – 0057 – N. RAUD et G. NOTTE, *Nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur automobile (Règl. UE n° 461/2010, 27 mai 2010),* JCP E 2010, act. 304

Commission par l'incorporation du secteur automobile dans la réglementation dite générale.

41. — Ce nouveau droit de la distribution automobile correspond à une nouvelle politique de concurrence mise en place par la Commission (PARTIE I), mais ce texte va au-delà de ces simples enjeux de droit de la concurrence, dès lors que le droit des contrats ne doit pas entraver l'objectif de libre concurrence poursuivi (PARTIE II).

PREMIERE PARTIE : LES CONTRAINTES DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE

SECONDE PARTIE : LES CONTRATS DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE

PREMIERE PARTIE LES CONTRAINTES DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE

42. — **Contrainte concurrentielle.** « On pourrait adresser au droit de la concurrence le cri que Faust adresse à Méphisto : Avec toi je suis toujours dans l'incertain » (67), tel est le sentiment que les rédacteurs de contrats de la distribution automobile ressentent certainement lorsqu'il s'agit d'intégrer les contraintes de droit de la concurrence. C'est en raison de cette incertitude qu'il convient selon nous d'envisager les contraintes issues du droit de la concurrence en préalable à toute analyse du contrat lui-même. Ces contraintes sont nombreuses et de natures diverses, elles se sont manifestées tant au stade de l'élaboration du règlement n°1400/2002 que du traitement juridictionnel des pratiques restrictives des constructeurs par la Commission (TITRE 1).

43. — **Outils économiques.** La première d'entre elles est de nature technique et impose aux praticiens d'apprécier l'effet anticoncurrentiel d'un accord de distribution automobile à partir d'une analyse empreinte d'économie. Cette appréciation est aujourd'hui la règle et

(67) A. PIROVANO, *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne*, Rapport présenté lors du séminaire franco-algérien de Nice, 19 et 20 novembre 1998, in R. Charvin, A. Guesmi (sous la dir. de), L'Algérie en mutation : les instruments du passage à l'économie de marché, L'Harmattan 2001.

constitue la base d'analyse à l'origine du règlement n°1400/2002 et de sa modification, elle se manifeste essentiellement par l'introduction d'une politique de seuils et la définition d'un marché pertinent précis (Chapitre 1).

44. — **Pratique judiciaire.** La seconde résulte de la jurisprudence issue des contentieux intéressant les accords de distribution automobile (Chapitre 2). Ces affaires soumises à l'appréciation de la Commission, du Tribunal de première instance et ensuite à la Cour de Justice des Communautés européennes ont défrayé la chronique judiciaire « *spécialisée* » et ont servi de document de travail au législateur communautaire. Elles recèlent l'ensemble des griefs restrictifs de concurrence que la Commission reproche aux constructeurs : contrôle du prix de revente par le distributeur et interdiction de revente à des consommateurs hors territoire contractuel.

45. — **Innovations.** Le constat ainsi opéré, l'objectif de la Commission a été ensuite de corriger ces effets anticoncurrentiels (TITRE 2). Deux outils ont été privilégiés : la dissociation du lien structurel existant entre les services de vente et d'après vente (Chapitre 1) et la modification des modes de distribution de véhicules automobiles (Chapitre 2). En ce qui concerne la dissociation du lien vente/service après vente, la Commission n'a pas manqué d'audace dans la mesure où cette obligation imposée aux distributeurs ressortait tant des critères de distribution sélective qu'exclusive et était une caractéristique essentielle des réseaux de distribution. L'élargissement des modes de distribution est tout autant innovante puisqu'il est mis fin au cumul entre distribution exclusive et sélective et qu'il est prévu un choix entre ces deux types de distribution, choix tributaire de la part de marché du constructeur. Le droit au multimarquisme est de nouveau réaffirmé au sein du règlement n°1400/2002 alors que dans le même temps la clause de localisation par laquelle le constructeur imposait au distributeur de ne disposer que d'un seul point de vente est prohibée. L'entrée en vigueur du règlement n°1/2003 n'a pas été sans effet dès lors que les autorités nationales sont désormais tenues d'à appliquer l'article 81, §1 dans son ensemble selon les règles de procédure de leur droit national et qu'elles sont compétentes pour retirer le bénéfice de l'exemption par catégories lorsque l'accord ou la pratique en cause produit des effets incompatibles avec l'article 81, §3 du Traité CE.

TITRE 1 : LE FONDEMENT DE LA CONTRAINTE : LA CONSTATATION DES EFFETS ANTICONCURRENTIELS DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

TITRE 2 : LES INSTRUMENTS DE LA CONTRAINTE : LA CORRECTION DES EFFETS ANTICONCURRENTIELS

TITRE PREMIER

LE FONDEMENT DE LA CONTRAINTE : LA CONSTATATION DES EFFETS ANTI-CONCURRENTIELS DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

46. — **Identification.** Si la première contrainte que subit le contrat de distribution automobile est celle liée à l'application du droit de la concurrence, la démarche d'identification de ses effets anticoncurrentiels répond d'une méthode particulière. Il ne s'agit plus seulement d'apprécier l'effet potentiellement anticoncurrentiel d'une pratique qu'au moyen d'outils juridiques, mais d'adopter un outil nouveau : l'analyse économique du droit. Cette nouvelle approche qui domine aujourd'hui l'élaboration et la mise en œuvre du droit de la concurrence s'est développée à la fin des années 50 aux Etats-Unis et a trouvé un terrain favorable en France, et ailleurs, particulièrement au sein du droit de la concurrence ; dans la mesure où ce droit appartient à la branche du droit parfois appelée « *droit économique* ». Si tant est que cette branche du droit puisse être précisément définie, M. le Professeur B. Oppetit a apporté dans un remarquable article quelques éléments de définition (68). Ainsi si l'on tentait de le définir par son objet, « *il apparaît comme le droit applicable à toutes les matières entrant dans le champ économique et réunirait toutes les branches du droit privé comme du droit public qui ont trait à l'économie* ». Il est aussi possible de raisonner à partir de la spécificité des règles que l'on a coutume d'associer au droit économique, le droit économique réunirait alors toutes les règles liées à l'intervention de l'Etat dans la sphère économique, ou bien encore celles relatives à la production et à la circulation des richesses. Ces prémisses de définitions, directement issus de travaux d'auteurs

(68) B. OPPETIT, *Droit et économie*, *in Archives de Philosophie du droit*, éd. Sirey 1992, Tome 37, p.17 et s.

« *classiques* » (69), ont été remis en cause ultérieurement, ainsi « *le droit économique se présente comme le droit de l'organisation et du développement économique, que ceux-ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée ou du concert de l'un et l'autre* » (70). Rejoignant M. Le Professeur Champaud, M. Le Professeur G. Farjat considéra que le droit économique est « *le droit de la concentration et de la collectivisation des biens de production et de l'organisation de l'économique par des pouvoirs privés ou publics* » (71). La définition précise de la matière n'est pas pour autant acquise aujourd'hui et suscite encore de nombreuses interprétations divergentes (72).

47. — La première innovation est celle qui consiste à utiliser des outils d'appréciation directement empruntés de la science économique dès l'élaboration de la règle de concurrence (CHAPITRE 1), la seconde intéresse la phase juridictionnelle (CHAPITRE 2).

CHAPITRE PREMIER: L'ETUDE DE LA NOUVELLE APPROCHE DES RESTRICTIONS VERTICALES

CHAPITRE SECOND : L'APPLICATION JUDICIAIRE DE LA NOUVELLE APPROCHE

(69) Cf. notamment V. KIRALY, *Le droit économique, branche indépendante de la science juridique*, *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur du Doyen Gény*, Paris 1935, Tome III., p.11 et s. – J. HAMEL, *Vers un droit économique*, *in Economie contemporaine*, novembre décembre 1951 – R. SAVATIER, *La nécessité de l'enseignement d'un droit économique*; D. 1961, Chron. p.117 et s.

(70) C. CHAMPAUD, *Contribution à la définition du droit économique*; D. 1967, Chron. p.215 et s.

(71) G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 2ème éd. 1982.

(72) R. SAVY, *La notion de droit économique en droit français*; AJDA 1971, p.132. – G. VEDEL, Le *droit économique existe-t-il ?, in Mélanges offerts à P.Vigreux*, Toulouse, 1981, T. II, p.767 et s. - G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 2ème éd. 1982 - *Droit et économie, in Archives de Philosophie du droit*, éd. Sirey 1992, Tome 37 – A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Le Droit économique*, PUF, 1970 – *Philosophie du droit et Droit économique ; Mélanges en l'honneur de G. Farjat, éd. Frison-Roche*, 1999 – « *Cycle Droit, économie, Justice* » Conférences organisées du 1er mars 2004 au 21 juin 2004 par la Cour de cassation et la Chaire Régulation de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris dans le cadre du cycle de conférences « *Droit, Economie, Justice* », sous la direction scientifique de G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, B. DEFFAINS.– M.-A. FRISON-ROCHE et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique*, PUF, 2005 – E. ALFANDARI, *Le droit économique en France », in Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, éd. Dalloz, 2002, p.231 et s.

CHAPITRE PREMIER : L'ETUDE DE LA NOUVELLE APPROCHE DES RESTRICTIONS VERTICALES

48. — **L'origine de l'analyse économique du droit.** Les divergences de définitions et d'interprétations de notion de droit économique, ainsi que son caractère éminemment dogmatique ont abouti à « *une systématisation théorique sous la forme de l'analyse économique du droit* » (73), analyse dont il faut rechercher les sources au sein du droit anti-trust américain. Ce droit anti-trust est essentiellement animé par différents objectifs d'ordre économiques, ces objectifs ont été explicités par deux courants doctrinaux opposés : l'Ecole de Harvard, prédominante dans les années 1980, et l'Ecole de Chicago dont les propositions ont été retenues par le Juge et le législateur américains.

49. — **L'Ecole de Harvard.** La première considérait que le but du droit de la concurrence devait être de « *combattre les comportements susceptibles de réduire le niveau de concurrence* » (74) et notamment les comportements visant à instaurer une maîtrise des prix. Son analyse privilégiait une théorie fondée sur les structures de marché « *en tant que base de prévision et d'évaluation des normes anti-trust* » (75), il s'agissait de construire une concurrence praticable (76) (« *workable competition* ») à partir du fameux triptyque « *SCP* » ; « *Structure – Comportement – Performance* », selon lequel la **S**tructure du marché détermine le **C**omportement des entreprises et explique leur **P**erformance. La règle de droit a alors vocation à intervenir sur les structures mêmes des marchés, afin d'éviter notamment que les entreprises pratiquent des prix trop élevés.

50. — **L'Ecole de Chicago**. A l'inverse, les partisans de l'Ecole de Chicago (77), initiateurs du mouvement *Law and Economics*, affirmaient que le seul but que devrait poursuivre le droit anti-trust était de « *combattre les*

(73) B. OPPETIT, *Droit et économie, in Archives de Philosophie du droit*, éd. Sirey 1992, Tome 37, p.17 et s.
(74) D. J. GERBER, *Les doctrines européennes et américaine du droit de la concurrence, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.107 et s. - J.-M. CLARCK, *Toward a concept of workable competition, in American economic review*, juin 1940, p.241.
(75) D. J. GERBER, *Les doctrines européennes et américaine du droit de la concurrence, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.107 et s.
(76) J.-M. CLARCK, *Toward a concept of workable competition, in American economic review*, juin 1940, p.241.
(77) Les apports de la théorie de l'Ecole de Chicago sont principalement issus des travaux de Richard Posner (*Antitrust Law*, Chicago University Press, 2ème éd. 2001).

comportements qui, à un moment donné, restreignent la production ou tendent à augmenter les prix » (78), l'appréciation du caractère anticoncurrentiel du comportement se faisant à partir d'un modèle théorique économique rigoureux. Deux critères permettaient ainsi de vérifier si un marché était « *contestable* » : la possibilité d'y entrer en tant que nouvel agent économique, mais aussi d'en sortir à moindre coût. Il ne s'agissait pas de s'opposer *de facto* à tous les comportements tendant à restreindre la concurrence ; la concentration des marchés n'étant pas en elle-même condamnable.

51. — **Remise en cause du paradigme de l'analyse économique du droit**. Une telle analyse, même si elle a influencé grandement le droit anti-trust américain, semble avoir été remise en cause (79). De nombreux auteurs ont mis à mal ces théories, il serait fastidieux de retracer précisément les contours de ces opinions parallèles, nous retiendrons donc essentiellement deux mouvements, celui animé par les partisans de la théorie des jeux et celui issue de l'économie dite comportementale. Les premiers estiment que la variable prix ne peut fonder à elle seule un objectif en soi, les différentiels d'informations entre les agents économiques et les relations qu'ils entretiennent influencent leurs comportements sur le marché. Les seconds contestent le postulat de rationalité sur lequel est basé la théorie de l'Ecole de Chicago, bien au contraire les agents sont influencés par divers facteurs psychologiques et sociologiques qui vont au-delà du seul postulat de rationalité (80).

52. — Ces préalables notionnels restent indispensables à la compréhension globale de l'analyse économique du droit de la concurrence (Section 1) dans la mesure où le droit de la distribution automobile est empreint d'une telle analyse et que la Commission agit systématiquement en considération de cette méthode (Section 2).

(78) D. J. GERBER, *Les doctrines européennes et américaine du droit de la concurrence, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.107 et s.

(79) L'orthodoxie de ces deux théories a été vivement critiquée, et notamment par l'économiste Porter. Ce dernier base sa théorie sur la notion de productivité d'une branche d'activité, il considère alors que le droit anti-trust doit être animé par l'objectif suivant : combattre les comportements qui affectent la productivité d'une branche ; ces comportements pouvant consister en barrières à l'entrée ou à la sortie, en atteintes aux pouvoirs des consommateurs, des fournisseurs…(Cf. D. J. GERBER, *Les doctrines européennes et américaine du droit de la concurrence, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.107 et s.).

(80) Cf. D. J. GERBER, *Les doctrines européennes et américaine du droit de la concurrence, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.107 et s.

SECTION 1 : L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT EN DROIT DE LA CONCURRENCE

53. — Le droit communautaire de la concurrence a intégré l'analyse économique du droit (Paragraphe 2) bien avant que notre droit interne accepte timidement que ce nouvel outil soit partie prenante de son système juridique (Paragraphe 1).

PARAGRAPHE 1 : L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT EN DROIT INTERNE

54. — **Chronologie.** A l'origine, l'analyse économique du droit a été considérée par les juristes de droit français comme « *le cheval de Troie d'un libéralisme toujours suspect dans notre pays* » (81), même si, finalement, les concepts fondamentaux de propriété et de contrat, sur lesquels repose le Code civil français, peuvent être considérés comme des expressions directes de l'influence de l'analyse économique du droit (82). Cette introduction de l'économie dans le droit s'est d'abord traduite par l'évaluation de l'attractivité économique du droit aux fins d'apprécier la performance d'un système juridique (83), il s'agissait notamment de connaître le coût du droit (84), autrement appelé « *coût de transaction* », déterminant essentiel des stratégies des opérateurs économiques. Ce n'est que dans une seconde acception que les outils de l'analyse économique du droit ont été intégrés à la construction même du droit. Par exemple, appliqué au droit de la concurrence, l'on a pu assister à la prise en compte systématique des études économique dans les décisions émanant des autorités de concurrence. Ces outils d'analyse économique, tels que les seuils de part de marché ou la détermination du marché pertinent se sont ensuite inscrits dans la loi.

55. — **Réception de l'analyse économique du droit par la doctrine**. Face à cette immixtion de l'économie, deux réactions « *naturelle*s » se sont produites : certains ont pu considérer que le droit était désormais soumis à l'économie, et d'autres, au contraire, ont pressenti un rapport de

(81) C. JAMIN, *Droit et économie, in Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF 2003, Collect. Grands Dictionnaires, p.578 et s.
(82) J.-F. NIORT, *Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon, in Archives de Philosophie du droit*, t. 37, Droit et économie, 1992, p.101.
(83) Il semble que l'attractivité du droit français des contrats sur le plan international ne soit pas ce qu'elle devrait être…, Cf. X. LAGARDE, *Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats*; D. 2005, p.2745.
(84) Même si le droit ne peut être réduit à « un système de tarification des actions individuelles » évoqué, de manière volontaire provocante, par Mme le Professeur H. MUIR WATT dans son intervention lors du colloque du 13 mai 2005 sur le thème « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », Gaz. Pal. 09 et 10 mars 2005, n°68 à 69, p.11 et s.

domination inverse ; l'économie devait rester au stade d'outil complémentaire lors de la prise de décision juridique (85. La réaction observée par les juristes est, en réalité, dictée par une méconnaissance de la finalité et des apports de l'analyse économique du droit, mais aussi par un rejet dogmatique de ses fondements. Sur le premier point, M. le Premier président Canivet a dressé un inventaire complet de cette contribution (86) : l'analyse économique du droit permet une critique fonctionnelle en ce sens qu'elle apprécie l'adaptation des règles juridiques à leurs objectifs (87), mais aussi une critique dynamique s'opposant à « *une lecture purement positiviste et à l'inventaire des règles applicables aux questions juridiques nouvelles* » (88). L'analyse économique du droit demeure une méthode visant à mesure l'efficience des systèmes juridiques entre eux et facilite une critique prédictive puisqu'elle ambitionne « *de provoquer et d'anticiper des changements si se révèle une adéquation suffisante entre les modèles et la réalité* » (89). Le second obstacle à une immixtion complète des outils issus de l'analyse économique du droit, lors de l'élaboration de la règle de droit, est lié à une interprétation erronée des principes fondamentaux de cette théorie. Elle repose, a priori, sur deux postulats indissociables : la rationalité du comportement des agents économiques, mus par la recherche de maximisation de leurs intérêts, et la satisfaction de l'intérêt général (90).

(85) Pour un rejet total de la notion : A. BERNARD, *Law et Economics, une science idiote ?*, D. 2008, p.20806.

(86) G CANIVET, *Economie, droit et justice*, colloque du 13 mai 2005 sur le thème « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », reproduit in Gaz. Pal. 09 et 10 mars 2005, n°68 à 69, p.7 et s.

(87) Une telle fonction revient à adopter, selon Mme le Professeur M.-A. Frison-Roche, une démarche explicative du droit en ce sens que « *l'analyse économique du droit permet de mesurer les effets économiques des règles et des décisions sur les comportements et de confronter ceux-ci aux buts pour lesquels la règle avait été adoptée* » (M.-A. FRISON-ROCHE, *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, in Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, Cycle Chaire Régulation/Cour de cassation, sous la direction scientifique de G. CANIVET, B. DEFFAINS et M.-A. FRISON-ROCHE; Les Petites affiches du 19 mai 2005, n°99, p.15 et s.) et dans l'hypothèse où l'observateur remarquerait une inadéquation entre l'efficience des règles et leurs objectifs primitifs, raisonner à partir d'une méthode privilégiant l'analyse économique du droit permet « *d'ajuster plus finement leurs comportements [...aux agents économiques...]. L'analyse économique du droit est auto réalisatrice, en ce qu'elle affine les comportements stratégiques et accélère les apprentissages* » (du même auteur).

(88) G CANIVET, *Economie, droit et justice*, colloque du 13 mai 2005 sur le thème « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », reproduit in Gaz. Pal. 09 et 10 mars 2005, n°68 à 69, p.7 et s.
La démarche dynamique évoquée par M. le Premier président correspond à la dimension conséquentialiste de l'analyse économique du droit expliquée par Mme le Professeur H. MUIR WATT lors de ce colloque, dimension à l'opposé du « *raisonnement juridique déontique et déductif qui signale la pensée juridique civiliste* ».

(89) G CANIVET, *Economie, droit et justice*, colloque du 13 mai 2005 sur le thème « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », reproduit in Gaz. Pal. 09 et 10 mars 2005, n°68 à 69, p.7 et s.

(90) J.-J. LAFFONT, *Intérêt général et intérêts particuliers, in L'intérêt général, Rapport annuel du Conseil d'Etat*, Rapport public 1999, Doc. fr., p.421-428 - A. OGUS, *La réglementation : l'intérêt public et l'intérêt privé, in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Centre de recherches et de documentation économiques de l'Université de Nancy, dir. B.

La notion d'intérêt général pourrait être résumée, d'un point de vue économique, à la théorie de l'optimum de Pareto selon lequel on ne saurait améliorer la situation d'un individu sans diminuer celui d'un autre. La rationalité du comportement de l'agent économique est elle-même liée à un objectif global : la poursuite de l'efficience économique, ces deux aspects réduiraient, selon les détracteurs à l'introduction généralisée de l'analyse économique du droit en droit interne, « *la personne à une pure et identique volonté mécanique de bien-être économique individuel* » (91). Au surplus, admettre que le droit poursuit un but d'efficience économique globale n'est pas une déconsidération idéologique, mais au contraire l'affirmation d'une réalité objective.

56. — **Source du droit**. L'étude de l'influence de l'analyse économique du droit revient à s'interroger sur son caractère de source du droit (92) puisqu'en effet il n'est pas contesté qu'il s'agit d'une force à partir de laquelle naît le Droit. Dès lors qu'elle est devenue un instrument qui modèle et influence la formation de la règle de droit, elle pourrait être considérée comme à l'origine du Droit, ceci d'autant plus qu'elle est aujourd'hui relayée de manière extrêmement dynamique par une doctrine influente en la personne de M. le Premier président de la Cour de cassation. Cependant, si en pratique l'analyse économique du droit semble créatrice de droit, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas encore qualifiée « *publiquement* » de la sorte dans la mesure où quelques obstacles de notre culture juridique s'y opposent encore.

57. — **Outil méthodologique.** Finalement, l'analyse économique du droit n'est envisagée au sein du droit interne qu'au titre de méthode « *destinée à lui permettre [...au juriste...] de repenser les fonctions des institutions juridiques : elle s'attache à une vision dynamique du droit, envisagé dans son historicité et son perfectionnement, par opposition au statisme d'un système renfermé sur lui-même, dans lequel le juriste ne tend guère qu'au recensement exhaustif des règles du droit établi et à la recherche des solutions au problèmes juridiques nouveaux à l'intérieur de sa discipline. La méthode de l'analyse économique du droit vaut d'abord comme description de la réalité : elle procure un cadre d'analyse pour comprendre les finalités et*

DEFFAINS, éd. Cujas, 2002 – Appliqué à l'élaboration du droit de la concurrence ; Cf. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, éd. Dalloz, Collect. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2006.

(91) Extraits de l'intervention de Mme le Professeur H. MUIR WATT lors du colloque du 13 mai 2005 sur le thème « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », reproduit in Les Petites affiches 09 et 10 mars 2005, n°68 à 69, p.11 et s. L'auteur cite notamment deux contributions fondamentales illustrant un tel rejet : A. SUPIOT, La justice sociale saisie par la régulation », in Justice et droits fondamentaux, Mélanges J. Normand, Litec 2003, p.427 à 438 et du même auteur ; *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil 2005, spéc. p.26 et s.

(92) R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'analyse économique du droit est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation*; RTD. civ. 2006, 505.

évolutions du système juridique ; en outre, elle ambitionne de provoquer les changements législatifs si se révèle une adéquation suffisante entre les méthodes et la réalité. Elle peut répondre à une triple finalité : critique (prédire quels seront les effets non attendus d'une loi), normative (déterminer quelle législation devrait être adoptée) et prédictive (prédire quelle législation sera adoptée) » (93). Il est finalement impossible d'ignorer une telle théorie lors de l'élaboration de la norme puisque cela reviendrait finalement à accorder « *beaucoup trop d'importance aux caractéristiques des comportements au détriment de leurs conséquences sur le marché* » (94). En revanche, une analyse purement économique ne serait pas pour autant satisfaisante car l'intégration des outils économiques dans la prise de décision juridique reste difficile. Raisonner à partir des seuls préceptes de l'analyse économique du droit semble improbable en droit interne dans la mesure où un socle de droits fondamentaux ne souffre d'aucune contestation. Ainsi, cette « *base du droit* » semble impénétrable par les considérations d'efficacité que connait le droit américain. En effet, l'analyse économique « *est par nature tendancieuse et relative ; la décision juridique est en revanche univoque et absolue* » (95). L'auteur cité en référence fournit un exemple pertinent quant à ces divergences de méthodes ; il s'agit de la théorie des prix prédateurs. Dans sa version originelle, elle signifie qu'un prix est prédateur lorsqu'il est inférieur au coût marginal ; en matière économique cette notion est claire et facilement démontrable. Alors qu'en droit lorsque une victime veut introduire une action en réparation de ce préjudice, « *elle reconstitue les coûts à partir de ces propres coûts puisque ceux du prédateur ne lui sont pas connus, le caractère scientifique de la théorie semble donc quelques peu malmené* » (96).

PARAGRAPHE 2 : L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT EN DROIT COMMUNAUTAIRE

58. — **Objectif du droit de la concurrence.** L'intégration des outils de l'analyse économique du droit au sein du droit communautaire a été bien plus audacieuse que celle du droit interne français, l'objectif d'intégration économique ayant grandement facilité cette immixtion. Si l'élaboration de textes récents de droit communautaire de la concurrence est particulièrement significative, le droit communautaire de la concurrence n'a intégré qu'en partie les apports de la doctrine américaine dans la mesure où la préservation de la concurrence afin de construire un ordre

(93) B. OPPETIT, *Droit et économie, in Archives de Philosophie du droit*, éd. Sirey 1992, Tome 37, p.23.
(94) L. VOGEL, *Le juriste face à l'analyse économique* ; Revue de la concurrence et de la consommation juillet– août 2003, p.7 et s.
(95) L. VOGEL, *Le juriste face à l'analyse économique* ; Revue de la concurrence et de la consommation juillet– août 2003, p.7 et s.
(96) Cf. note ci-dessus.

concurrentiel efficace a été érigée en priorité, mais non en priorité absolue. Cette intégration incomplète du modèle anti-trust américain trouve sa cause dans un autre objectif de l'Union européenne : l'intégration des marchés. La prise en compte du phénomène économique est particulièrement sensible en matière de restrictions verticales (97), cette tendance est symptomatique d'une interrogation plus large : le droit des restrictions verticales est-il encore du droit, ou ressort-il exclusivement de la science économique ? Il était permis de douter dès l'adoption du Traité, cette impression s'accentua par l'analyse de la jurisprudence communautaire et des notions qu'elle a pu dégager notamment lors de la délimitation du marché pertinent (B), elle est aujourd'hui une réalité tangible par l'adoption de la Communication sur la notion d'affectation du commerce entre Etats membres (98) (A).

A. LA NOTION D'AFFECTATION DU COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES

59. — **Définition.** La notion d'affectation du commerce entre Etats membres est une notion de nature économique aux aspects juridiques marginaux, l'appréciation de l'affectation se faisant, par exemple, « *sur la base d'éléments objectifs de droit ou de fait [permettant] d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il peut [l'acte] exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle* » (99), d'autre part, l'affectation doit être sensible, et ce conformément à l'arrêt *Sirena* (100). Reprenons chacun des critères afin d'en identifier précisément la réalité ; l'affectation peut être directe lorsque l'influence sur le commerce entre Etats membres est directement liée aux produits concernés par la pratique ou l'accord, ou indirecte si la pratique porte sur un pratique connexe à la commercialisation, sur un produit semi-fini entrant dans la composition d'un produit exporté (101). Cette atteinte peut être certaine ou potentielle, pour la déterminer il est alors nécessaire de se référer à « *l'évolution*

(97) L'un des premiers textes de droit communautaire de droit de la concurrence faisant état de cette nouvelle approche fut le règlement général n°2790/99 concernant les restrictions verticales, la consécration de l'approche économique est manifeste puisque l'article 3 du règlement subordonne l'exemption à la détention d'une part de marché inférieure à 30 %. En dessous de ce seuil, la Commission présume que les avantages l'emportent sur les inconvénients anticoncurrentiels qui pourraient en résulter. En plus, de cette notion de pouvoir de marché le règlement devient le réceptacle d'autres notions de politique économique à savoir « *l'efficience économique* », la diminution des coûts de transaction, le niveau optimal des investissements et des ventes.
(98) Communication sur la notion d'affectation du commerce entre Etats membres, 27 avril 2004, JOUE C/101, p.81 et s.
(99) CJCE 30 juin 1966, *Sté Technique minière*, Aff. 56/65, Rec. p.337 ; D. 1966, p.669, note J. RIDEAU ; JCP 1966, I, 2029, Chron. F.-Ch. JEANTET.
(100) CJCE 18 février 1971, *Sirena*, Aff. 40/70, Rec. p.69.
(101) Bien d'autres exemples peuvent être cités afin de démontrer le caractère indirecte de l'atteinte.

prévisible du marché » (102). L'affectation ainsi caractérisée doit être sensible, l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence est alors limitée aux accords ou pratiques susceptibles de présenter des effets d'une certaine ampleur. Cet élément quantitatif est essentiellement exprimé à partir de la notion de part marché et de chiffres d'affaires, il doit s'apprécier dans le cadre économique et juridique dans lequel les accords et pratiques se produisent, il s'agit ici notamment de prendre en compte un possible effet cumulatif de réseau.

60. — **Nature.** Cette approche peut être qualifiée d'économique dans la mesure où la démarche de la Commission est enfermée dans deux présomptions qu'il convient de définir. En premier lieu, la Commission propose une présomption négative d'absence d'affectation du commerce entre Etats membres en deçà d'un certain seuil (« *règle de minimis* ») :

- La part de marché totale des parties sur un marché communautaire en cause affecté par l'accord ne doit pas excéder 5 %,
- Dans le cas d'accords horizontaux, le chiffre d'affaire annuel moyen réalisé dans la Communauté par les entreprises en cause pour les produits concernés par l'accord ne doit pas excéder 40 millions d'euros. Quant aux accords verticaux, le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans la Communauté par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord ne doit pas excéder, de la même façon, 40 millions d'euros.

61. — A l'inverse, la Commission établit une présomption positive réfutable : certains accords ou pratiques sont, de part leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, ce sont notamment les accords destinés à réguler les importations et exportations entre les différents Etats membres. La présomption sera constituée dès lors qu'un seul des seuils énumérés ci-dessus sera identifié. La référence à des notions juridiques n'est pas pour autant totalement absente, la Commission entame, à la fin de sa communication, une application des « *principes susmentionnés aux types usuels d'accords et de pratiques* ***abusives*** » en distinguant selon que l'accord ou la pratique couvre plusieurs ou un seul Etats membres, ou une partie de cet Etat, voire les pratiques et accords impliquant des exportations et importations avec des entreprises établies dans des pays tiers. Cette précision constitue selon les mots du Professeur

(102) CJCE 25 octobre 1983, *AEG / Commission*, Aff. 107/82, Rec. 1983, p.3151, Point n°60 ; JCP éd. E 1985, I, 14267, p. 128, n°3, obs. G. BONET et J. B. BLAISE - CJCE 06 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des communautés européennes, dit arrêt Magill*, Aff. Jointes C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. 1995 p.743, Point n°70 ; RTD. eur. 1996, p.747, obs. J.-B. BLAISE et L. IDOT.

S. Poillot-Peruzzetto « *un critère juridique inévitable par le lieu d'exécution du contrat* » (103).

B. LA DELIMITATION DU MARCHE PERTINENT

62. — **Définition.** Afin d'évaluer l'impact du comportement d'un agent économique, les autorités de concurrence doivent procéder à la détermination empirique du marché pertinent (« *relevant market* »). Il peut être économiquement défini comme « *un ensemble de produits présentant entre eux une forte substituabilité au niveau de la demande et de l'offre à l'intérieur d'un espace géographique donné* » (104). Plus précisément, il s'agit du lieu de rencontre de l'offre et de la demande de produits ou de services substituables entre eux, mais non substituables à d'autres biens ou services. La délimitation d'un marché pertinent implique donc l'analyse de deux critères successifs : la substituabilité du produit (1) et la zone géographique au sein de laquelle elle s'exerce (2).

1°) La substituabilité des produits et services

63. — **Référence à la demande.** De nombreuses méthodes sont proposées pour définir la notion de substituabilité, mais pour le juriste le marché est essentiellement déterminé par référence à la demande (105) ; il s'agit de savoir si un bien ou un service acheté par un consommateur est substituable à un autre (106). Les critères utilisés sont multiples ; généralement la substituabilité d'un produit ou service peut s'apprécier au

(103) S. POILLOT-PERUZZETTO, *L'affection du commerce entre Etats membres, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.51 et s.

(104) E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, 1ère éd. Dalloz 2005, p.325 et s. Voir aussi l'ouvrage de référence : L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Thèse dirigée par J. RAYNARD, Préface de F. JENNY, Litec 2001.

(105) Sachant cependant que l'analyse exclusivement fondée sur la demande est imparfaite, en effet « *lorsque le prix d'un bien augmente des réactions peuvent se produire aussi du coté des offreurs de produits voisins* » (M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, Armand Colin, 2ème éd. 2003, n°96 et s. Au contraire, la substituabilité des produits et services au niveau de l'offre signifie que « *de nouveaux producteurs (déjà présents sur un marché ou pouvant entrer rapidement) peuvent proposer un produit similaire à ceux qui occupent déjà le marché dans un délai très court* » (E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, 1ère éd. Dalloz 2005, p.327).

(106) Le Conseil de la concurrence considère que sont « *substituables les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* » (Rapport d'activité 1990, p.34 et s.). Le droit antitrust américain ne fait pas référence à la notion de substituabilité en tant que telle, mais retient plus largement le lieu d'exercice d'un pouvoir de marché par une entreprise en situation hypothétique de monopole (E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, 1ère éd. Dalloz 2005, p.326 et 327).

regard du prix moyen en utilisant le concept d'élasticité-prix (107), voire celui d'élasticité-croisée (108).

64. — **Parcellisation du marché.** Il peut s'agir aussi des caractéristiques du produit ou service, en la matière l'exemple célèbre est celui de la banane (109). Cette dernière ayant des qualités spécifiques qui lui sont propres et répondant aux besoins d'une population déterminée, elle constitue à elle seule un marché distinct de celui des autres fruits. A côté des caractéristiques propres des produits et services examinés, les écarts de prix (110), les conditions d'utilisation du produit, le comportement des consommateurs face au produit ou encore les modes de commercialisation peuvent constituer d'autres indices permettant de caractériser le marché étudié. Pour l'essentiel, ils furent résumés dans la communication de la Commission sur la définition du marché en cause (111). Cependant la multiplication des critères n'est pas sans inconvénients, elle a conduit à une trop importante parcellisation du marché illustrée lors de l'affaire *United Brands* (112).

2°) La délimitation géographique

65. — **Référence au territoire.** Le critère principal est le coût du transport, plus le coût est onéreux plus le marché est réduit. Secondairement, un marché peut être diminué du fait de particularités locales ou nationales. La communication sur le marché en cause a définit cette dimension géographique de la façon suivante ; il s'agit *« du territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes ».*

SECTION 2 : L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT ET DISTRIBUTION AUTOMOBILE

66. — **Typologie des règlements d'exemption.** Un règlement d'exemption est par principe un texte de portée générale obligatoire, ses effets sont directement applicables dans tous les Etats membres. C'est en

(107) L'élasticité prix mesure le degré de sensibilité de la demande d'un bien par rapport à la variation du prix **de ce bien**.
(108) L'élasticité croisée se définit comme la variation relative de la demande d'un bien consécutive à la variation relative du prix **d'un autre bien**.
(109) CJCE 14 février 1978, *United Brands*, Aff. 27/76, Rec. 1978, p.207 ; RTD. eur. 1978, p.294, note Ph. DELANNAY ; CDE 1978, p.617, obs. A. CHRISTOYANNOPOULOS.
(110) Comm. CE 22 juillet 1992, *Nestlé Perrier*, Aff. IV/M.190 ; JOCE C(92) 1686 final.
(111) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins de droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372 du 09 décembre 1997.
(112) CJCE 14 février 1978, *United Brands*, Aff. 27/76, Rec. 1978, p.207 ; RTD. eur. 1978, p.294, note Ph. DELANNAY ; CDE 1978, p.617, obs. A. CHRISTOYANNOPOULOS.

raison de ces caractéristiques qu'il est particulièrement plébiscité par la Commission dans l'élaboration de sa politique communautaire de concurrence et qu'il constitue pour les entreprises « *le droit réel, bien plus que le Traité* » (113). L'on distingue traditionnellement, les règlements de « *première génération* » des règlements adoptés récemment et issus de la nouvelle approche privilégiée par la Commission. Par les règlements de « *première génération* », la Commission a entendu imposer des contrats types en stigmatisant certaines clauses et en assurant aux entreprises une immunité de poursuites dès lors qu'elles écartaient de leurs contrats de telles clauses. Ces règlements étaient organisés de la façon suivante : ils contenaient des clauses noires pour lesquelles aucune exemption n'était possible et des clauses blanches et grises qui pouvaient être exemptées sous réserve qu'elles ne portaient pas atteinte à la concurrence (114). Cet « *effet corset* » (115), dénoncé au demeurant par la Commission elle-même (116), a suscité une vive critique et une réaction de compromis de la part de la Cour de justice par son arrêt VAG c/ Magne (117). La Commission a ainsi, selon les mots du Professeur Vogel, « *dépassé l'habilitation législative dont l'avait investie le Conseil en ne se contentant pas d'exempter des comportements illicites, mais en allant jusqu'à réglementer des comportements parfaitement licites. Finalement, les règlements d'exemption*

(113) L. VOGEL, *Les règlements d'exemption "nouvelle génération », in La nouvelle approche des restrictions verticales : évolution ou révolution ?;* Revue de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, n°141, janvier/février/mars 2005.

(114) Il appartenait aux entreprises d'établir dans chaque cas, qu'une telle clause respecte toutes les conditions requises pour justifier une dérogation à l'article 81,§ 3 du Traité CE, et notamment de démontrer que cette clause présente des avantages qui l'emportent sur les effets restrictifs qu'elle produit.

(115) Dont le meilleur exemple est, selon M. le Professeur L. VOGEL, la dérive de certains distributeurs lors de l'entrée en vigueur du règlement n°123/85. Ce texte accordait une exemption aux contrats à durée déterminée à condition qu'ils soient conclus pour une durée de 4 ans, les distributeurs dont les contrats en cours à cette date étaient prévus pour une durée d'un an affirmèrent alors qu'ils devaient se voir automatiquement prorogés de 3 ans. La Cour de cassation a mis fin à une telle interprétation par plusieurs arrêts du 27 novembre 1997(Com. 27 novembre 1997, n°89-19120) (L. VOGEL, *Les règlements d'exemption "nouvelle génération », in La nouvelle approche des restrictions verticales : évolution ou révolution ?*; Revue de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, n°141, janvier/février/mars 2005).

(116) Livre vert sur les restrictions verticales du 22 janvier 1997 ; JOUE, COM(96) 721, janvier 1997.

117 CJCE 18 décembre 1986, *VAG c/ Magne*, Aff. 10/86, Rec. 1986, p.4017. La Cour a affirmé que "*Le règlement n° 123/85 de la Commission, du 12 décembre 1984, concernant l' application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (JO 1985 l 15, p.16) n'établit pas de prescriptions contraignantes affectant directement la validité ou le contenu de clauses contractuelles ou obligeant les parties contractantes à adapter le contenu de leur contrat, mais se limite à établir des conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et par conséquent à la nullité de plein droit prévue par l'article 85, paragraphes 1 et 2, du traité CEE; et qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier, en vertu du droit national applicable, les conséquences d'une éventuelle nullité de certaines clauses contractuelles*".

de première génération ont indiqué dans le plus grand détail ce que les entreprises pouvaient faire, devaient faire et surtout ne pas faire » (118).

67. — **Nouvelle approche.** C'est ainsi que la Commission a tenté de remédier à ces critiques par l'édiction d'un nouveau type de règlement, relevant d'une approche davantage économique que juridique. Ceci afin de permettre aux entreprises, ne disposant pas d'un pouvoir de marché significatif, de bénéficier d'un espace de sécurité juridique et de liberté, dans lequel elles ne sont plus tenues d'apprécier la validité de leurs accords sous l'angle des règles communautaires de concurrence. Cependant, afin de protéger la concurrence et pour limiter l'applicabilité de l'exemption catégorielle à l'égard des seules entreprises qui ne disposent pas d'un pouvoir de marché, le règlement d'exemption, issu de cette nouvelle méthode, se devait de fixer des seuils de part de marché au-delà desquels les entreprises ne pourraient plus se prévaloir des avantages liés à cet espace de sécurité. Le système des clauses noires, blanches et grises est quasiment abandonné, seule la notion de clause noire perdure (leur nombre est cependant diminué), alors que le système de seuil est privilégié. En dessous de 30 % de parts de marché, les accords verticaux sont réputés exemptés, exception faite des clauses noires et grises qu'ils pourraient contenir. Ce seuil de 30 % de parts de marché est une référence unaniment adoptée en droit des restrictions verticales.

68. — **Nature des règlements n°1400/2002 et 461/2010 et 330/2010.** L'on peut légitimement affirmer que le droit de la distribution automobile tel que façonné par les REC n°1400/2002 et 461/2010 est directement issu de cette *« nouvelle approche »*, il en est d'ailleurs de même du règlement n°2790/1999 et de sa réforme récemment intervenue par l'adoption du REC 330/2010. En effet, la présence de seuils de part de marché conditionnant l'exemption est le signe de la prise en compte du pouvoir économique (Paragraphe 2), cette approche évitant les principaux inconvénients d'une approche exclusivement juridique. Mais dans le même temps le raisonnement juridique n'est pas abandonné puisque le règlement comporte des clauses noires qui font perdre le bénéfice de l'exemption, même en deçà des seuils retenus, ainsi que d'autres clauses dont le non respect entraîne une nullité limitée à la clause en question (clauses grises). Parallèlement, il envisage une limite à la notion de part de marché dès lors que la communication sur les accords d'importance mineure et la théorie de l'effet cumulatif de réseaux restent pleinement applicables (Paragraphe 3). Mais avant de tenter de faire échapper certains accords à l'emprise du règlement, il est impératif d'en délimiter son champ d'application (Paragraphe 1).

(118) L. VOGEL, *Les règlements d'exemption "nouvelle génération », in La nouvelle approche des restrictions verticales : évolution ou révolution ?*; Revue de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, n°141, janvier/février/mars 2005.2005.

PARAGRAPHE 1 : CHAMP D'APPLICATION ELARGI

69. — **Accords visés.** L'article 2 du règlement n°1400/2002 dispose que « l'article 81 paragraphe 1 est déclaré inapplicable aux accords verticaux lorsqu'ils concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des véhicules automobiles neufs, des pièces de rechange pour véhicules ou des services de réparation et d'entretien des véhicules automobiles ». Le règlement n°461/2010 n'a pas modifié ce champ d'application ; la typologie d'accords visés restant identique. Conformément au règlement général, il s'applique sous certaines conditions aux accords conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre celle-ci et ses fournisseurs (Article 2-2). La principale difficulté d'interprétation relative à cette question résulterait de son extension à tout un ensemble d'accords précédemment soumis au règlement général. Le règlement n°1475/1995 s'appliquait aux accords de distribution « portant sur des véhicules automobiles neufs déterminés à trois roues ou plus destinés à être utilisés sur la voie publique et, en liaison avec ceux-ci, leurs pièces de rechange ». La question se pose pour les contrats de franchises de réparation rapide, ils tombaient sous le coup du règlement n°2790/1999, mais quel sort leur a été réservé par l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 et par sa réforme de 2010 ? A priori, la lettre du règlement semble indiquer que ces accords de réparation rapide tombent sous le coup du règlement n°1400/2002, pour autant, il faut noter que ces contrats n'ont pu bénéficier de la période transitoire prévue pour les contrats soumis au règlement n°1475/1995. L'intégration des accords de distribution automobile au secteur général dès 2010 en ce qui concerne la réparation automobile et en 2013 pour la vente résout désormais la question : ces accords seront soumis au règlement général. Le règlement dit « général » n°330/2010 a vocation à s'appliquer aux accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle.

70. — Au final, il semble que les règlements n°1400/2002 et 461/2010 ne s'appliquent qu'aux accords suivants :

- Accords conclus entre un fournisseur d'automobiles (constructeur ou importateur) et les membres de son réseau de revendeurs –réparateurs,
- Accords conclus entre un fournisseur d'automobiles et les membres de son réseau de revendeurs,

- Accords conclus entre un fournisseur d'automobiles et les membres de son réseau de réparateurs,
- Accords conclus entre un fournisseur de pièces pour automobiles (type équipementier) et les membres de son réseau de revendeurs,
- Accords conclus entre un fournisseur de pièces pour automobiles et son réseau de réparateurs utilisant lesdites pièces.

PARAGRAPHE 2 : DEFINITION ET CALCUL DES PARTS DE MARCHE

71. — Afin de déterminer précisément les accords qui pourraient bénéficier de l'exemption au regard de la part de marché détenue (B), la délimitation du marché pertinent doit être opérée (A), notamment dans l'hypothèse où la pratique ne présenterait que des effets anticoncurrentiels minimes (C).

A. LA DELIMITATION DU MARCHE PERTINENT

72. — **Outils d'analyse.** Les critères de délimitation du marché pertinent ne sont pas remis en cause par la réforme opérée en matière de distribution automobile. Il est donc possible de continuer à examiner cette délimitation à partir du règlement n°1400/2002 et des différentes références qu'il contient. Le règlement ne délimite pas précisément, sur le plan géographique et au regard des produits, les marchés auxquels il s'applique, seuls quelques éléments de réponse sont fournis indirectement par l'article 8 de ce règlement. Il faut rechercher d'autres indices au sein du corpus de règles applicables aux restrictions verticales. En la matière, la brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002 reste un outil précieux, de même que la communication de la Commission sur la définition du marché en cause (119) et la jurisprudence communautaire, voire même les lignes directrices sur le règlement n° 2790/1999.Le règlement distingue ainsi plusieurs marchés différents (2), il aboutit à ces solutions en utilisant les mêmes outils d'analyse que les autorités chargées de la concurrence (1).

1°) Une substituabilité appréciée au regard de la demande de produits et services

(119) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause ; JOCE C 372 du 09 décembre 1997.

73. — **Référence à la demande**. Même si le règlement n°1400/2002 ne consacre pas un article entier à la définition précise d'un marché de référence (120), l'article 8 impose une appréciation du marché pertinent au regard de la demande. Cet article dispose que le marché de la distribution de véhicules neufs, de la distribution de pièces de rechange ou celui de la réparation et de l'entretien doivent être définis en considération des produits et services « *que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* ».La substituabilité devra être ensuite appréciée lors d'augmentations légères de prix, autrement dit par l'application des phénomènes d'élasticité, selon les enseignements tirés de la brochure explicative (121). La Commission rappelle que la notion de substituabilité ne sera appréciée qu'au regard du point de vue du consommateur ; ainsi si ce dernier considère que deux produits ne sont pas substituables entre eux, le concessionnaire ne pourra les considérer comme substituables. On notera qu'une étude a été réalisée à ce propos par M. Frank Verboven (122), il décrit précisément les contours du marché qui devra être retenu sans que cela ne constitue une grille de lecture impérative.

74. — **Universalité du critère.** Le REC 461/2010 fait indirectement référence au critère de substituabilité de la demande de produits et services. En effet, le considérant n°8 pose pour principe que l'évaluation des gains d'efficience doit être mesurée à partir « *des parts de du pouvoir de marché des parties à l'accord et, dès lors, du degré de concurrence qu'elles doivent affronter de la part d'autres fournisseurs de biens ou de services que* ***leurs clients considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés*** ».

2°) Les différents marchés distingués

75. — **M archés primaires.** La Commission distingue deux marchés primaires ; celui de la vente et celui de l'après-vente (123). Pour le reste, quelques exemples cités expressément permettent de figer quelques situations de marché topiques (124). Il a y lieu de remarquer que chacun des

(120) Cela aurait sûrement été préférable dans un souci de sécurité juridique et afin de mettre fin aux interminables questions de détail caractéristiques des contentieux où le marché est à déterminer.
(121) Brochure explicative du REC 1400/2002, p.76 et s.
(122) F. VERBOVEN, *Quantitative study to define the relevant marcket in the passenger car sector*, http://europa.eu.int/comm/competition/car-sector/distribution/eval_reg-1475_95/studies/study01.pdf.
(123) La différenciation du marché de l'après vente et de la vente est une constante, le REC 461/2010 n'a pas modifié cette situation (Ex. Considérant n°13 : « *Dans la mesure où il est possible de définir un marché distinct de l'après-vente […]*»).
(124) Brochure explicative du REC 1400/2002 du REC 1400/2002, p.80 et s.

exemples donné n'est relatif qu'au territoire national de l'Etat membre considéré, cela préjuge de la dimension géographique du marché à prendre en compte (125). Pour le marché de la vente, la Commission admet une certaine segmentation tout au long des exemples qu'elle traite ; *« une chaîne de substitution entre les marchés de produits possibles peut justifier l'établissement d'un seul marché de produits en englobant les trois segments si une substitution suffisante entre les segments peut être établie »* (126), en l'espèce il s'agissait des trois segments suivants : *« petites voitures », « voitures moyennes » et « grandes voitures ».* Lorsqu'il est question de définir le marché de l'après-vente, la Commission distingue le marché des réparateurs agréés de celui des réparateurs indépendants. Plus précisément, sur le marché des réparateurs agréés, *« la Commission semble privilégier la thèse d'un sous- marché par marque »* (127), sauf dans le cas où le réseau n'effectue que des réparations courantes ; alors *« sur ce marché le réseau se trouvera en concurrence avec l'ensemble des réparateurs de la réparation et de l'entretien »* (128). L'analyse retenue permet d'affirmer que l'appréciation du marché effectuée par la Commission se confond avec celle issue de la théorie du marché pertinent. Les parties aux accords, qui souhaiteraient bénéficier de l'exemption par catégorie, seront donc inviter à calculer leur pouvoir de marché au regard d'un marché défini comme précédemment, en retenant une juste substituabilité des produits proche de la réalité économique.

B. LE CALCUL DES PARTS DE MARCHE

76. — L'ensemble des textes communauta ires applicables au secteur de la distribution automobile (129) fait désormais référence au même seuil de parts de marché en volume (130) en deçà duquel doivent se situer

(125) Ce qui a pu faire dire au professeur Vogel que « *le marché ne semble jamais envisagé comme un marché européen mais national* » : L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile*, Gaz. Pal. Dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p.13 et s.

(126) La définition du marché est dans cet exemple effectuée pour le calcul des parts de marché pour un modèle donné de voiture, le fournisseur veut ici savoir si son modèle qui détient de fortes part de marché dans sa catégorie (véhicules des utilisateurs urbains) risque d'affecter l'exemption dont il bénéficie.

(127) L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile* ; Gaz. Pal. Dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p.13 et s.

(128) Cf. l'article ci-dessus.

(129) REC 1400/2002, REC 461/2010, Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution, Lignes directrices sur les restrictions verticales et REC 330/2010

(130) Au sens économique, le pouvoir de marché est la capacité pour une entreprise de fixer ses prix au-dessus des prix de concurrence sans encourir le risque de perte de clientèle (cité par L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Thèse dirigée par J. RAYNARD, Préface de F. JENNY, Litec 2001., n°450). Cette approche fut confirmée par la Commission dans sa communication sur les restrictions verticales : « *le pouvoir de marché est la capacité de pratiquer des prix supérieurs à un niveau compétitif (soit,*

les entreprises parties à un accord pour pouvoir bénéficier d'une exemption : le seuil de 30 % de parts de marché (2). Le règlement n°1400/20020 retient en revanche plusieurs seuils différents selon le mode de distribution choisi (1).

1°) Les seuils de part de marché du règlement d'exemption par catégorie n°1400/2002

77. — **Seuil de 30 % de parts de marché.** L'article 3 du règlement d'exemption précise le pouvoir de marché à ne pas dépasser par les parties à un accord de distribution de véhicules neufs, mais aussi pour la distribution de pièces de rechange ou de services de réparation ou d'entretien. Il pose en principe que l'exemption est soumise à la condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas le seuil de 30 % du marché en cause. Il s'agit de la part de marché détenue par le fournisseur, sauf dans le cas où la fourniture exclusive serait pratiquée ; il faudrait alors prendre en compte la part de marché de l'acheteur (Article 3, Point 2 du règlement n°1400/2002). Rappelons que pour la Commission, cette forme de distribution couvre une réalité bien particulière définie dans l'article 1 du règlement (Point e) ; c'est *« une obligation directe ou indirecte contraignant le fournisseur à ne vendre les biens ou les services contractuels qu'à un acheteur dans le marché commun en vue d'un usage déterminé ou de la revente ».*

78. — **Exceptions.** Cependant, ce principe de 30 % de parts de marché a reçu de nombreuses exceptions qui l'ont atteint dans sa portée. En raison de l'existence même de ces exceptions, les fournisseurs ont opté pour les formes de distribution de produits et de services après-vente concernées. Ces exceptions étant applicables au cas de distribution sélective (Article 3, Point 1, 2ème et 3ème alinéas), l'on peut en déduire que le seuil de 30 % initialement prévu ne concernait que la distribution exclusive (131).

79. — **Seuil de 40 % de parts de marché et absence de seuils**. La distribution sélective envisagée dans le règlement permet la mise en place de deux systèmes de distribution ; d'abord un seuil de 40 % est fixé en cas de distribution sélective quantitative *« pour la vente de véhicules*

à court terme, au coût marginal et, à long terme au coût total moyen). En d'autres termes, une entreprise possède un pouvoir de marché si elle est capable d'influer de manière notable sur ses prix de vente et si, en pratiquant des prix supérieurs à un niveau compétitif, elle peut, au moins à court terme, réaliser des bénéfices exceptionnels » ; Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales, 98/C 365/03, JOCE 26 novembre 1998, p.204.

(131) Sachant que le règlement n°1400/2002 a mis fin au cumul organisé par les fournisseurs entre la distribution sélective et exclusive, ce point sera traité de manière plus approfondie au sein de la présente étude.

automobiles neufs », cela exclut donc, à priori, la distribution de pièces de rechange et les services de réparation ou d'entretien qui resteraient soumises au seuil de 30 %. Ici encore ce système de distribution est défini par l'article 1er du règlement ; il s'agit d'un système « *dans lequel le fournisseur applique pour sélectionner les distributeurs ou réparateurs des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci* » (Article 1er, Point g). L'autre mode de distribution sélective possible est la distribution sélective qualitative pour laquelle aucun seuil de part de marché n'est fixé (Article 3, Point 1, 3ème alinéa). Cette absence de seuil de part de marché dénote de manière évidente la préférence de la Commission pour ce mode de distribution, préférence dont nous analyserons les conséquences directes au sein de développements ultérieurs.

80. — **Principe d'une part de marché en volume.** L'article 8 du règlement est précis : les parts de marché des différentes parties aux accords de distribution de véhicules neufs devront être calculées en volume des biens vendus par le fournisseur. Pour la distribution des pièces de rechange, les parts de marché seront calculées sur la base des valeurs des biens contractuels vendus par le fournisseur. Enfin, en ce qui concerne les services de réparation, il faudra prendre en compte les valeurs des services contractuels vendus par les membres du réseau du fournisseur. Nous préciserons que pour le calcul de ces parts de marché les parties à l'accord doivent prendre en compte les entreprises qui leurs sont liées (132), le règlement définissant cette notion d'entreprises liées (133).

2°) La généralisation du seuil de 30 % de parts de marché

81. — **Fixation du seuil de 30 % pour les deux parties à l'accord.** Le règlement n°330/2010 prévoit en son article 3 la fixation d'un seuil de 30 % en deçà duquel l'exemption par catégorie s'applique (134). L'innovation du règlement est la prise en compte des parts de marché du fournisseur mais aussi de l'acheteur, alors qu'auparavant seule la part de marché détenue par le fournisseur était prise en compte. La seule exception était relative au contrat de fourniture exclusive. Il s'agit en réalité pour la Commission de prendre en compte la puissance d'achat de la grande distribution et ainsi permettre aux PME d'éviter de subir la puissance d'achat de la grande distribution au seul pretexte que l'accord entre dans le champ d'application du REC 330/2010 (135). La prise en compte de la part

(132) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°6, p.22 et 23.
(133) Article 1er, Point n°2 du règlement.
(134) Article 3 du REC 330/210 : «*L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels* »
(135) memo/10/138, 20 avr. 2010 ; disponible sur http://europa.eu

de marché du fournisseur et de l'acheteur n'est pas sans susciter de difficultés dès lors que cela pourra rendre « *l'auto-évaluation des accords particulièrement complexe, parce que la détermination de la part de marché de l'acheteur est toujours plus délicate que celle du fournisseur, et qu'avant de conclure un contrat de distribution, le fournisseur devra connaître la part de marché des acheteurs, ce qui est difficile à mettre en oeuvre en pratique* » (136).

82. — En cas de dépassement de ce seuil, les entreprises parties à l'accord seront tenues de déterminer si leurs accords incluent des clauses restrictives et si ces dernières peuvent se justifie ; les lignes directrices sont destinées à aider les entreprises à effectuer cette analyse.

C. COMMUNICATION SUR LES ACCORDS D'IMPORTANCE MINEURE ET L'EFFET CUMULATIF DE RESEAUX

83. — Par application de la théorie du seuil de sensibilité selon laquelle les comportements affectant un part minime du marché ne sont pas sanctionnés, certains accords n'entrent pas dans le champ d'application du droit de la concurrence (1). Au contraire, d'autres accords de distribution, qui n'affectent pas en apparence la concurrence sur un marché peuvent avoir des effets anticoncurrentiels graves s'ils sont associés à d'autres contrats identiques sur un même marché ; on parle alors d'effet cumulatif de réseau (2).

1°) Les accords de distribution automobile d'importance mineure

84. — Avant d'envisager précisément les accords de distribution de véhicules automobiles, de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien qui pourraient échapper à l'emprise des divers règlements applicables (b), il est nécessaire de présenter la pratique du droit communautaire de la concurrence qui vise à ne se soucier que des comportements susceptibles de n'avoir que peu d'effets néfastes (a).

a. La communication CEE du 22 décembre 2001 « *de minimis* »

85. — **« *De minimis non curat praetor* ».** La Communication CEE du 22 décembre 2001 « *de minimis* » (137) est directement issue du vieil adage « *de minimis non curat praetor* » ; le droit ne se préoccupe des

(136) C. VILMART, La nouvelle exemption des accords de distribution : une insécurité grandissante ; JCP éd. E 2010, n° 23, 1556.
(137) Communication de la Commission des Communautés européennes concernant les accords d'importance mineure du 22 décembre 2001, JOCE n° C 368/13 du 22 décembre 2001. Pour un commentaire : J.-L. RESPAUD, JCP éd E, 2002, CDE n°3, p.28-29.

situations mineures. Ainsi, les accords dont l'effet anticoncurrentiel serait insignifiant ne tomberaient pas sous le coup de la prohibition de l'article 81 §1 du Traité (138). La Commission considère qu'il n'y a pas restriction de concurrence au sens de l'article 81 §1 du Traité si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse pas 10 % sur aucun des marchés en cause, et si la part de marché de chacune des entreprises en cause ne dépasse pas 15 %. En revanche si l'accord comporte des restrictions flagrantes, la communication ne s'applique pas.

b. Distribution automobile et communication « de minimis »

86. — **Application de la communication aux accords de distribution automobile.** En principe, la communication « *de minimis* » est applicable aux accords de la distribution d'automobiles, de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien. Ceci est clairement affirmé par la Commission dans la brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002 en réponse à la question n°7 et n'a pas été remis en cause par l'adoption du REC 330/2010.

87. — **Communication « de minimis » et restrictions caractérisées au sein du REC 1400/2002**. Sur ce point, M. Le Professeur L. Vogel a pu ainsi se demander si des fournisseurs qui détiendraient de faibles parts de marché pouvaient cumuler distribution exclusive et sélective et imposer une exclusivité de marque (139). Selon lui, deux arguments font obstacle à la mise en œuvre de cette possibilité ; la communication *« de minimis »* n'a aucune valeur normative, elle ne lie donc ni les autorités de concurrence ni le juge, et d'autre part les services après-vente ne seraient pas susceptibles d'en bénéficier. Ces services ne seraient pas concernés par l'application de la communication sur les accords d'importance mineure car ils relèveraient de la distribution sélective qualitative pour laquelle aucun seuil n'est à respecter. Cette question mérite d'être posée car les restrictions de concurrence, telles que le cumul distribution sélective et exclusive ou bien encore l'exclusivité de marque, ne sont pas qualifiées de restrictions caractérisées par la Commission. Ces deux restrictions ne sont pas visées à l'article 4 intitulé *« Restrictions*

(138) CJCE 9 juillet 1969, *Völk*, Aff. 5/69, Rec. 295 ; « *Attendu que pour être susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, l'accord doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échange entre Etats membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre Etats [...] que, dès lors, un accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que de manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause* ».

(139) L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile* ; Gaz. Pal. Dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p.23. En pratique, une telle situation serait peu probable puisque le secteur de la distribution automobile présente un certain nombre d'effets cumulatifs, dont la conséquence directe est de ramener le seuil de part de marché, en deçà duquel l'accord est réputé sans effet restrictif, à 5%.

caractérisées » mais sont contenues dans l'article 5 du règlement relatif aux « *conditions spécifiques* ». Sous réserve que ces accords ne contiennent pas de restrictions caractérisées graves, c'est-à-dire celles qui sont énumérées à l'article 4 du règlement, la communication « *de minimis* » pourrait s'appliquer. Ainsi un accord qui n'affecterait pas de manière sensible le marché, mais qui contiendrait une clause visant à imposer un prix de revente minimum pourrait tomber sous le coup d'une interdiction au titre des dispositions de l'article 81, §1 du Traité et sans pouvoir prétendre au bénéfice de l'exemption du règlement (140).

88. — **Communication « de minimis » et REC 330/2010**. L'adoption du règlement n°330/2010 n'a pas remis en cause l'appréciation des pratiques présentant des effets anticoncurrentiels insignifiants, sauf en cas de restrictions caractérisées. Il faut cependant remarquer que le règlement explicite désormais la situation des PME ; il est ainsi rappelé que les pratiques de ces entreprises sont « *rarement de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres ou à restreindre sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et ne relèvent donc pas, d'une manière générale, de cette disposition* » (141).

2°) Le risque d'effet cumulatif de réseaux

89. — Il est préférable d'exposer brièvement la théorie de l'effet cumulatif de réseau (a) avant d'envisager son application aux accords de distribution automobile (b).

a. Présentation de la théorie de l'effet cumulatif

90. — **Défintion.** Avant d'être présentée dans la communication « *de minimis* » du 22 décembre 2001, la théorie de l'effet cumulatif fut explicitée au travers de décisions jurisprudentielles communautaires. Ce fut d'abord le cas de l'arrêt *Brasserie de Haecht* (142) ; la Cour estima que les effets restrictifs d'une pratique doivent « *s'observer dans le cadre réel où ils se produisent, c'est-à-dire dans le contexte économique et juridique au sein duquel ces accords se situent et où ils peuvent avec d'autres conduire à un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence* ». Cette première décision de

(140) Considérant n° 12 du règlement d'exemption n° 1400/2002 : « *Quelque soit la part de marché des entreprises concernées, le présent règlement n'est pas applicable aux accords verticaux contenant certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves qui restreignent en général sensiblement la concurrence, même en présence de parts de marché peu élevées [...] tel est le cas des accords verticaux contenant des restrictions telles que l'imposition d'un prix de vente minimal* » [...]. De tels accords ne doivent pas bénéficier de l'exemption.

(141) Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 mai 2010 ; JOUE C 130, 19.05.2010, p. 1, n°11.

(142) CJCE 6 février 1973 *Brasserie de Haecht c/ Consorts Wilkin- Janssen*, Aff. 48/72, Rec. 1973, p.77 ; RTDE 1973, p.270, obs. R. SAINT ESTEBEN ; CDE 1974, p.169, obs. M. WAELBROECK.

jurisprudence se révéla trop rigoureuse, un simple effet cumulatif constaté pouvait entraîner condamnation de la pratique sans pourtant que cet effet ait des conséquences anticoncurrentielles graves. La jurisprudence *Delimitis* (143) vint tempérer la portée de l'arrêt *Brasserie de Haecht* en ajoutant une condition supplémentaire ; la Cour exigea *« que le contrat litigieux contribue de manière significative à l'effet de blocage du marché »*. Cette dernière jurisprudence analyse de manière concrète les hypothétiques effets anticoncurrentiels, elle vérifie s'il existe des possibilités réalistes pour un nouveau concurrent de pénétrer le marché.

91. — **Portée.** Ce risque d'effet cumulatif fut repris dans la communication *« de minimis »* ; elle suppose que lorsque 30 % du marché en cause est couvert par des réseaux d'accords similaires ayant des effets identiques, les seuils de sensibilité initialement prévus doivent être abaissés à 5 %.

b. Règlement automobile et effet cumulatif de réseaux

92. — **Effet cumulatif intrinsèque.** Malgré cette possibilité théorique d'échapper à la prohibition de l'article 101 §1, les réseaux de distribution d'automobiles ou de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien ont peu de chance de revendiquer avec succès l'absence d'effet cumulatif de réseaux. Effectivement, ce secteur de l'automobile est le résultat de la constitution de réseaux très structurés depuis plusieurs décennies, cette remarque vaut autant pour la distribution de véhicules automobiles neufs que pour les services de réparation ou d'entretien. C'est notamment la raison pour laquelle la Commission a opté pour un traitement spécifique de ce secteur. De plus, la réglementation issue des initiatives de la Commission n'a fait qu'accentuer *« cet effet de corset »* qui a conduit à la mise en place de contrats quasiment identiques. Lorsqu'il s'agit d'apprécier le degré de pénétration d'un réseau qui, *a priori*, ne représenterait qu'une faible part de marché, il faut examiner ces réseaux au regard *« du nombre de point de vente, de la durée des engagements souscrits, de la quantité de produits sur laquelle portent les contrats, et de la proportion entre ces quantités et celles qui sont écoulées par les distributeurs non liés »* (144). Il est ensuite nécessaire de s'interroger sur la possibilité de pénétration du réseau par un concurrent, or en ce qui concerne le secteur automobile, l'analyse effectuée au regard de ces paramètres permet de conclure à un effet cumulatif de réseaux important. En effet, pour la distribution de véhicules neufs, dans l'hypothèse où il existerait un

(143) CJCE 28 février 1991, *Delimitis*, Aff.-234/89, Rec. p.935 ; Contrats, concurrence, consommation 1991, comm. n°143, obs. L. VOGEL – RTD. eur. 1991, p.485 et p.494, obs. R. KOVAR – JDI 1991, p.485, obs. M.-A. HERMITTE – RTD. com. 1992, p.296, obs. Ch. BOLZE.
(144) CJCE 7 décembre 2000, *Neste Markkinointi oy*, Aff. C-214/99; Contrats, concurrence, consommation 2001, comm. n°46, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO - Europe 2001, comm. n°65, obs. L. IDOT – CJCE 5 juillet 2001, *Roberts c/ Commission*, Aff. T-25/99 ; LPA 24 octobre 2001, n°212, obs. P.ARHEL.

constructeur qui aurait une faible part de marché en France (imaginons un constructeur étranger qui souhaiterait créer un réseau en France), il y a fort à parier que son contrat de distribution, rédigé presque à l'identique de ceux de ses concurrents, créerait un effet cumulatif de réseaux restrictif de concurrence, il ne pourrait revendiquer le bénéfice de la communication *« de minimis »*.

93. — **Effet cumulatif et réseaux de réparation rapide.** Un autre exemple permet de comprendre l'importance de cet effet cumulatif en matière de contrat de distribution de véhicules ou de services de réparation ; il s'agit du problème posé par les réseaux de réparation rapide pour lesquels l'applicabilité de la communication *« de minimis »* s'est posée dès lors qu'ils détiennent individuellement de faibles parts de marché. Malgré ces faibles parts de marché, il est très probable que cette communication ne soit pas applicable car le marché concerné connaît un fort effet cumulatif. Ces réseaux sont souvent organisés de la même façon ; à savoir un réseau de franchisés aux contrats quasiment identiques, ils sont tous répartis de manière homogène sur le territoire national, et aujourd'hui le taux de pénétration du marché par un nouveau concurrent (par création d'un nouveau réseau et non pas par l'acquisition de points de service déjà rentables) reste faible. Ceci d'autant plus que les enseignes de la grande distribution ont crée leurs propres réseaux de réparation rapide, le marché tend donc à se cloisonné.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

94. — **Adaptation structurelle du droit de la concurrence à l'anaylyse économique.** Le droit communautaire, et particulièrement le droit communautaire de la concurrence, demeure un ordre juridique au sein duquel l'analyse économique du droit est pleinement applicable et appliquée. Ainsi tant la nature que la structure du droit de la concurrence communautaire sont imprégnées de science économique. La nature du droit de la concurrence a changé ; au lieu et place de règles fondamentales et de principes immuables d'origine légale, le droit prétorien et autres lignes directrices font office de sources du droit. Ces deux nouveaux types de normes permettent une adéquation rapide aux réalités économique du marché unique afin d'apprécier les comportements des entreprises dans leur contexte réel et proposer à ces dernières un corpus de règles intelligibles. Au niveau structurel, deux approches existent en droit communautaires de la concurrence, et peuvent être cumulativement appliquées, l'une vise à prohiber certains comportements *a priori*, l'autre recherche si le comportement en cause fausse la concurrence *in concreto*.

95. — **Prise en compte de l'analyse économique par la Commission**. Afin de respecter ces deux exigences, la Commission entend

développer une nouvelle approche des restrictions verticales empreinte d'outils d'analyse économique tels que les notions d'affectation du commerce entre Etats membres, de marché pertinent, et de pouvoir de marché. Les règlements n°1400/2002, n°461/2010 et 330/2010 en sont une illustration, ils peuvent être considérés comme des règlements dits de « *nouvelle génération* ».

96. — **Critique méthodologique**. Pour autant, cet ordre concurrentiel ainsi construit n'est pas exempt de toute critique dans la mesure où ces règlements posent au moins deux séries de difficultés. Selon M. Le Professeur Vogel, ils ne garantiraient pas l'impératif de sécurité juridique revendiqué par les entreprises et induiraient une contradiction intrinsèque entre les objectifs poursuivis par la Commission (145). Pour le premier, il découle de la masse de textes à laquelle doivent se plier les entreprises, la Commission ayant tendance à ajouter au texte de référence de nombreux textes accessoires sans valeur contraignante, mais auxquels il convient néanmoins de se référer afin d'interpréter le texte de base (146). L'exigence de sécurité juridique est mise à mal par « *l'utilisation par les nouveaux règlements de la notion « d'obligation indirecte » ou de « restriction de concurrence indirecte » [...afin de saisir...] le maximum d'obligations anticoncurrentielles possible* » (147). Plus précisément, à propos du règlement n°1400/2002 directement issu d'une approche économique, il tendrait à protéger davantage les concurrents que la concurrence elle-même, au travers notamment de la protection qu'il accorde aux distributeurs quant à la rupture du contrat. De la même façon, en permettant l'ouverture de points de vente supplémentaires (par l'interdiction de la clause de localisation) dans le souci de décloisonner le marché, le règlement s'inscrit en faux par rapport à l'objectif originel : privilégier la distribution sélective qualitative et quantitative. Enfin, le règlement serait en totale contradiction avec le système d'exception légale mis en place par le règlement n°1/2003. Ce système implique que toute autorité administrative ou judiciaire, appelée à appliquer les dispositions interdisant tout accord restrictif de concurrence (Article 101, Paragraphe 1 du traité CE,) peut appliquer simultanément les dispositions d'octroi d'exemptions selon les conditions prévues à l'article

(145) L. VOGEL, *Les règlements d'exemption "nouvelle génération », in La nouvelle approche des restrictions verticales : évolution ou révolution ?;* Revue de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, n°141, janvier/février/mars 2005.2005.
(146) Cf. discussion dans cette étude sur les brochures explicatives.
(147) L. VOGEL, *Les règlements d'exemption "nouvelle génération », in La nouvelle approche des restrictions verticales : évolution ou révolution* ?; Revue de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, n°141, janvier/février/mars 2005.2005. L'auteur cite à titre d'exemple la d'une clause relative à un critère de sélection purement qualitatif tel que le nombre minimum de véhicules de la gamme à exposer. Il est incontestable que ce critère qualitatif améliore le service que le distributeur doit rendre au client final, pourtant, il peut devenir une obligation indirecte de non-concurrence, donc une clause rouge interdite, s'il rend trop difficile la représentation d'une autre marque. Selon la situation du distributeur, la même obligation qualitative pourra être ou non assimilée à une obligation de non-concurrence interdite.

101, Paragraphe 3, du traité CE. L'article 101 du traité CE devient ainsi une disposition directement applicable dans son intégralité dont les particuliers peuvent se prévaloir en justice ou devant toute autorité habilitée à cet effet. Cette interprétation a pour effet de rendre licites les ententes prohibées par le paragraphe 1 de l'article 101 du traité CE qui remplissent les conditions du paragraphe 3 dudit article. Parallèlement, les ententes restrictives de concurrence seraient illicites dès qu'elles ne rempliraient plus les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité CE, cette nouvelle réglementation n'exigeant plus de notification en vue d'une validation des accords. Le système d'exception n'est cependant pas applicable en cas de restrictions caractérisées ou de dépassement des seuils de parts de marchés contenus dans le règlement. M. Le Professeur Vogel s'interroge alors sur la méthodologie adoptée par la Commission dans ce système d'exception légale : « *Comment dans ces conditions imaginer que la Commission puisse continuer de se réserver le pouvoir de la déclarer a priori, par voie de règlements, dans les cas généraux ?* » (148), alors que l'approche économique gouvernant désormais dans son ensemble le droit de la concurrence communautaire préconise davantage une appréciation au cas par cas, en fonction des pouvoirs de marché de chaque entreprise considérée. La compétence de la Commission serait-elle illégitime ?

(148) L. VOGEL, Les règlements d'exemption "nouvelle génération », in La nouvelle approche des restrictions verticales : évolution ou révolution ?; Revue de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes, n°141, janvier/février/mars 2005.

CHAPITRE SECOND : L'APPLICATION JUDICIAIRE DE LA NOUVELLE APPROCHE

97. — **Quatre principales affaires.** Le contentieux lié à la distribution automobile est un exemple particulièrement singulier, la Commission a saisi l'occasion qui lui était donnée de faire application des principes qu'elle développait dans l'appréciation des restrictions verticales. Elle eut à se prononcer, à de nombreuses reprises, sur le comportement de plusieurs constructeurs automobiles soupçonnés d'avoir pour dessein de cloisonner le marché de la vente des véhicules automobiles. Ces diverses affaires ont pu notamment servir à l'élaboration par la Commission du règlement 1400/2002 et constituent aujourd'hui une grille de lecture complète pour l'appréciation des restrictions verticales dans le secteur automobile. En effet, par l'analyse de ces contentieux, celle-ci a pu mieux comprendre les faiblesses des règlements précédents, à savoir le règlement 123/85 et le règlement 1475/95 tous deux applicables aux différents cas d'espèce. En pratique, il s'agira dans cette étude de stigmatiser quatre affaires portées devant les Juridictions européennes.

98. — **Le cloisonnement des territoires.** Pour « *la première affaire Volkswagen* », la Commission a statué le 28 janvier 1998 (149), sur pourvoi de la société Volkswagen le TPI a été amené à statuer le 06 juillet 2000 (150) et enfin la CJCE le 18 septembre 2003 (151). Dans l'affaire Opel Nederland : la Commission a statué le 20 septembre 2000 (152), le TIP le 21 octobre 2003 (153) et enfin la CJCE a pris sa décision le 06 avril 2006 (154). Les pratiques de la société Automobiles Peugeot ont été stigmatisées par la

(149) Comm. CE 28 janvier 1998, *Volkswagen c/ Commission*; Aff. 98/273/CE ; JOCE L. 124/60 du 25 avril 1998 – Europe 1998, Comm. n°200, obs. L. IDOT.
(150) TPI 6 juillet 2000, *Volkswagen c/ Commission* Aff. T-62/98, Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s. note C. PRIETO – D. 2000, p.351, obs. E. CHEVRIER – Europe 2000, comm. n°219, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.
(151) CJCE 18 septembre 2003, *Volkswagen AG c/ Commission*, C-338/00 ; LPA, 29 janvier 2004, n°21, obs. P.ARHEL - Contrats, concurrence, consommation 2004, Comm. n°27, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO - Journal du droit international (Clunet), 2/2004, p.618 et s. – Revue du Droit de l'Union européenne, 4/2003, p.769 et s., note N. PETIT.
(152) Comm. CE 20 septembre 2000, *Opel Nederland* ; Aff. COMP/36.653 ; JOCE, L59/1, du 28 février 2001.
(153) TPI 21 octobre 2003, *Opel Nederland BV,* Aff. T-368/00, Rec. p.II-4491; JCP éd. E 2004, n°44, 1599, obs. G.PARLÉANI.
(154) CJCE 06 avril 2006, *General Motors BV (anciennement General Motors Nederland BV et Opel Nederland BV) / Commission des Communautés européennes*, Aff. n°C-551/03.

Commission le 05 octobre 2005 (155) et la condamnation confirmée par le TPI sauf à diminuer l'amende (156)

99. — **Le contrôle des prix de revente.** Par la « *deuxième affaire Volkswagen* », la Commission a condamné le constructeur le 29 juin 2001 (157), le TPI a remis en cause la décision intervenue le 03 décembre 2003 (158), et fut confirmé en cela par la CJCE le 13 juillet 2006 (159). Enfin, le constructeur Mercedes Benz n'a pas échappé aux foudres de la Commission : cette dernière l'a condamnée le 10 octobre 2001 (160), sa décision fut annulée par le TPI le 15 septembre 2005 (161).

100. — Il ne sera pas question d'analyser en détail chacune des affaires mettant en cause le comportement des constructeurs automobiles depuis l'avènement du marché intérieur, mais plutôt de stigmatiser certaines pratiques les plus récentes (Section 1), pour ensuite envisager précisément le traitement de la pratique anticoncurrentielle (Section 2).

SECTION 1 : LA CONSTATATION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

101. — A la lecture des décisions condamnant les constructeurs automobiles, il s'avère que deux types de pratiques peuvent être stigmatisés : l'une consiste en un contrôle des prix de revente des distributeurs (Paragraphe 1) et l'autre vise à empêcher toute vente par les distributeurs en dehors de leur territoire contractuel (Paragraphe 2).

(155) Comm. CE 05 octobre 2005, *Automobiles Peugeot SA*, Aff. 36.623, 36.820 et 37.275 ; JOUE du 27 juin 2006, n°L.173 – Concurrences, n°3-2006, p.88, obs. M. VAN DER WOUDE – Europe 2006, comm. n°161, obs. L. IDOT – RDC 2006, p.729, obs. C. PRIETO.
(156) TPI 09 juillet 2009, *Automobiles Peugeot SA*, Aff. T-450/05, Rec. ??????????? Concurrences, N° 4-2009, n°29239, p.96-97 – Contr ats, concurrence, consommation 2009, comm. n°226, obs. D. BOSCO – RDC 2009, p. 27, note M. CHAGNY – Europe 2009, comm. n°370, obs. L. IDOT.
(157) Comm. CE 29 juin 2001, *Volkswagen c/ Commission*, Aff. COMP/F-2/36.693, JOCE du 2 octobre 2001, n° L 262/15 – RDT. Com. 2002, p.388 et s. obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.
(158) TPI 3 décembre 2003, *Volkswagen c/ Commission*, Aff. T-208/01, Rec. 2003, p.II-5141 ; LPA 15 mars 2004, n°53, p.13, Note P.ARHEL – Revue des contrats 2004, n°2, p.289, note L. IDOT – RJDA 6/04, 603, note J.-M. COT – Revue Lamy Droit des affaires 2004, n°68, note M. THILL-TARAY et F. HERRENSCHMIDT.
(159) CJCE 13 juillet 2006, *Commission des Communautés Européennes c/ Volkswagen AG*, Aff. C-74/04 – Gaz. Pal. du 1er au 04 novembre 2006, p.13, obs. T. JANSSENS et J. PHILIPPE.
(160) Comm. CE 10 octobre 2001, *Mercedes Benz* ; Aff. n 2002/758/CE; JOCE 25 septembre 2002, n°L 257, p.1, Europe 2002, n377, obs. L. IDOT - Contrats, concurrence, consommation 2002, Comm. n°161, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.
(161) TPI 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler c/ Commission européenne* ; JOCE 25 septembre 2002, n° L. 257/1 – Revue des contrats 2006, n° 2, p.555, note C. BOURGEON – Europe 2005, Comm. n° 391, obs. L. IDOT.

PARAGRAPHE 1 : LE CONTROLE DU PRIX DE REVENTE PAR LE DISTRIBUTEUR

102. — Cette pratique, qui consiste pour le fournisseur à contrôler l'activité de son distributeur pour préserver ses parts de marché, a été reprochée aux sociétés Volkswagen et Mercedes Benz (A), alors pourtant que d'un point juridique et économique, elle ne semble pas systématiquement anticoncurrentielle (A).

A. L'APPRECIATION JURIDIQUE ET ECONOMIQUE DE L'INTERDICTION

103. — **Principe**. Le droit communautaire de la concurrence prohibe *per se* l'imposition d'un prix de revente (162), ainsi que toutes les solutions indirectes mises en place par les maîtres de réseau afin de fixer la marge du distributeur, ou bien encore le taux de remise qu'il peut appliquer. Seule est autorisée la fixation d'un prix de vente maximal conseillé dans la mesure où une telle fixation ne s'accompagne pas de contraintes indirectes pour le distributeur, il s'agit de préserver le principe de libre fixation du prix, corollaire fondamental de la libre concurrence.

104. — **Appréciation globale de la pratique**. Une telle prohibition n'a jamais souffert de contestations dès lors que plusieurs raisons la justifient, M. Arhel (163) a pu les résumer de la façon suivante :

- ces prix se situent toujours à un niveau supérieur à celui qui résulterait du fonctionnement normal du marché,
- la sanction du marché n'est pas satisfaisante puisqu'elle intervient toujours tardivement,
- il n'y a aucune amélioration de l'efficience économique (164),

(162) Article 81, § 1 du Traité CE : « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises [...] et* ***notamment ce qui consistent à [...] fixer de façon directe ou indirecte les prix [...] de vente ou d'autres conditions de transaction*** ». En droit interne de la concurrence, une telle interdiction *per se* est assortie d'une condamnation pénale (Article L. 442-5 du Code de commerce).

(163) P.ARHEL, Sévère condamnation d'une pratique de prix imposés : la deuxième affaire Volkswagen, LPA, 1er août 2001, n°152, p.5.

(164) Sur ce point, le constat de M. P.Arhel n'est pas aussi tranché ; ce dernier a ainsi discuté la pertinence d'une interdiction per se de la pratique des prix imposés, et ceci notamment dans le cas de marchés concurrentiels. En effet, si un fournisseur décide d'imposer des prix de revente afin d'inciter les distributeurs à offrir des services supplémentaires (les distributeurs se trouvent ainsi à l'abri de concurrence, et peuvent alors développer d'autres types de services en reportant les moyens qu'ils auraient mis en œuvre afin de lutter contre leurs concurrents), la concurrence inter marque et l'efficience économique s'en trouvent améliorées car plus de services sont disponibles et la clientèle s'élargit aux consommateurs qui n'entendent pas acheter le produit sans service. Malgré cette hypothèse théorique de travail, il ne semble pas que dans les faits l'amélioration de

- enfin ces prix ne sont pas nécessaires pour préserver une image de marque ou pour lutter contre les ventes parallèles.

105. — **Appréciation économique.** Si cette condamnation *per se* a reçu l'approbation des juristes, elle ne fait pas l'unanimité chez les économistes. En effet, une telle prohibition leur apparaît discutable dans la mesure où elle peut être dictée par une volonté d'accroître le pouvoir de marché et par des considérations d'efficience économiques (165). L'auteur ajoute que « *l'argument selon lequel le prix de revente imposé facilité la collusion vaut également pour d'autres restrictions verticales [...] l'exclusivité territoriale peut permettre à un distributeur d'être en monopole. Pourtant elle est traitée différemment : elle ne fait pas l'objet d'une prohibition per se mais est soumise en générale à la règle de raison* » (166). Au soutien d'une telle opinion, l'auteur fournit la démonstration des économistes Ippolito et Overstreet analysant l'impact de la décision prise par en 1975 d'interdire à l'entreprise Corning de fixer un prix de revente imposé à ses distributeurs (167).

106. — Ils observent (168) :

- l'absence de collusion entre distributeurs du fait de l'évolution des marchés, de l'essor de nouveaux modes de distribution et de l'hétérogénéité de ces distributeurs,
- que les ventes de la société Corning ont baissées alors que celles des concurrents n'ont pas augmentées,
- qu'une augmentation des dépenses de publicité a été nécessaire pour la société Corning afin de ne pas baisser le niveau des ventes,
- qu'enfin la réaction du marché boursier n'a pas été celle escomptée ; même si le cours de l'action de la société Corning

---

l'efficience économique soit constatée ; tout d'abord le consommateur ne se dirige pas toujours vers les produits pour lesquels une concurrence par les services est pratiquée, d'ailleurs tous les consommateurs ne sont pas demandeurs de services supplémentaires. Ensuite, les pratiques de prix imposés créent un terrain favorable aux ententes horizontales, les distributeurs ne sont plus placés dans une situation d'incertitude et sont tentés de s'entendre, et de la même façon les producteurs sont encouragés à accepter des projets d'entente, ou tout le moins à aligner leurs prix de revente au détail. (P.ARHEL, *La pratique des accords de distribution*, Préface de L. VOGEL, éd. EFE 2000, n°288 et s.)

(165) E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, 1ère éd. Dalloz 2005, n°80 et s – M. GLAIS, *Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités concurrentielles françaises et communautaires*; Rev. éco. Indus. 1993, n°63, spéc. n°68 et s. – H. LEPAGE, *Distribution sélective : une défense économique des clauses de prix imposés*; RRJ 1987, p.523 – E. DAVID, *La fixation du prix de revente et le droit des ententes*; RIDE 2005/4, p.389 et s.

(166) E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, 1ère éd. Dalloz 2005, n°80 et s.

(167) P.IPPOLITO et T. OVERSTREET, *RPM : an assessment of the FTC's case against the Corning Glass Works*; Journal of Law and Economics, p.285-328.

(168) Pour une étude exhaustive, se reporter à l'ouvrage d'E. COMBE.

a été affecté, cela n'a pas pour autant permis à l'action des concurrents d'atteindre un niveau réellement supérieur.

107. — Il apparaît donc que l'efficience économique peut parfois gouverner la fixation d'un prix de revente imposé, qu'une interdiction *per se* n'est pas opportune et enfin, qu'au contraire, les autorités chargées de réguler la concurrence devraient plutôt s'astreindre à effectuer une démarché économique casuistique. Une telle démarche est à privilégier dans la mesure où elle peut permettre de développer une concurrence intra et inter marques en accroissant la concurrence par la qualité plutôt que par les prix, d'autant plus lorsque certains distributeurs puissants décident d'une stratégie de prédation afin d'éliminer leurs concurrents et de faire obstacle à l'arrivée de nouveaux opérateurs

108. — **Qualification de la pratique en droit de la concurrence.** Malgré ces considérations économiques, en matière de distribution automobile, la fixation de prix de revente imposés par le fournisseur à ses distributeurs constitue une clause noire s'opposant à toute exemption par catégorie de l'accord (169). De plus, la Commission refuse l'octroi d'une exemption individuelle à l'accord qui recèlerait des clauses tendant à fixer un prix de revente imposé. Cette pratique constitue donc « *une restriction de concurrence par son objet, c'est-à-dire qu'elle affecte, par sa nature même, le jeu de la concurrence, il n'y a pas lieu de prouver in concreto les effets probables sur le jeu de la concurrence à partir d'une analyse de la structure du marché* » (170). En revanche, mis à part certains règlements d'exemptions catégorielles interdisant par principe de telles clauses, il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable. En effet, la Commission a pu préciser dans l'affaire *Visa* « *qu'il n'est pas exact qu'un accord concernant les prix doive toujours être qualifié d'entent illicite et donc considéré comme intrinsèquement exclu de toute possibilité d'exemption. Il existe des exemples d'accords sur les prix susceptibles de remplir les conditions de l'exemption* » (171). Le législateur communautaire semble intégrer ces critiques

(169) La présence d'une « *clause noire* » au sein d'un accord de distribution conduit à l'inapplicabilité du règlement au contrat dans son ensemble, autrement dit dans ce cas les parties à l'accord ne pourront pas revendiquer le bénéfice de l'exemption. Il s'agit donc pour la Commission d'une restriction grave de concurrence, pour laquelle elle précise que la présence d'une telle clause fait même perdre tout espoir d'une exemption individuelle. La Commission européenne a pu qualifier la pratique de prix imposés de « restrictions caractérisées » (Lignes directrices sur les restrictions verticales ; JOCE n°C. 291, p.13), cette même qualification est employée au sein du règlement n°2790/1999 (article 4, a)).
Plus précisément, la clause visant à fixer dans un prix de revente imposé est considérée par la Commission comme une clause noire excluant le bénéfice de l'exemption catégorielle, il en est de même en matière de distribution automobile de la clause permettant à un constructeur de cumuler un système de distribution sélective et exclusive.
(170) P.ARHEL, *Sévère condamnation d'une pratique de prix imposés : la deuxième affaire Volkswagen*, LPA, 1er août 2001, n°152, p.8.
(171) Comm. CE juillet 2002, *Visa international*, Aff. n° 2002/914/CE ; JOCE du 22 novembre 2002, n° L.318. Il s'agissait en l'espèce pour les banques signataires de l'accord de mettre en place un système international de paiement à grande échelle.

économiques contre la systématisation de l'interdiction des prix imposés, cela est perceptible dans la mesure où la nouvelle approche des restrictions verticales favorise une prise en compte du pouvoir de marché de l'entreprise incriminée plutôt qu'une analyse en amont de la pratique. Malgré cette sensible évolution dans l'appréciation de la pratique des prix imposés, la Commission a été amené à condamner un tel comportement de la part des constructeurs Volkswagen et Mercedes Benz. Ces derniers ont entendu contrôler les prix pratiqués par leurs distributeurs, en allant bien au-delà de la pratique autorisée des *« prix conseillés ».*

B. LA CONDAMNATION DES SOCIETES VOLKSWAGEN ET MERCEDES BENZ

109. — La Commission a pu stigmatiser deux comportements aboutissant aux mêmes résultats : un contrôle de la politique tarifaire du distributeur, la seule différence résidant dans les moyens différents utilisés par les fournisseurs. La société Volkswagen a en effet utilisé des moyens quasi directs de contrôle (1°) alors que la société Mercedes Benz a fait preuve d'un moyen davantage détourné consistant à présenter ses distributeurs comme les initiateurs de la pratique de contrôle (2°).

1°) Les pratiques de la société Volkswagen

110. — **Un exemple topique.** La société Volkswagen fut condamnée par la Commission le 29 juin 2001 (172), cette dernière avait reçu une plainte d'un consommateur à laquelle étaient annexées plusieurs circulaires émanant de la société Volkswagen AG par lesquelles elle invitait les concessionnaires de son réseau *« à ne pas vendre un modèle précis au dessous du prix conseillé et de s'en tenir à une discipline tarifaire rigoureuse »* (173) et *« à transmettre toutes les annonces publicitaires de partenaires Volkswagen qui ne respectent pas la discipline tarifaire »* (174). Plus largement, ces années 1996-1997 furent l'occasion pour la société Volkswagen AG d'exhorter régulièrement les membres de son réseau de distribution sélective et exclusive à respecter la discipline tarifaire mise en place par le fournisseur et notamment à ne pas vendre le véhicule « *Passat* » à un prix inférieur à celui conseillé (Point n° 19 et suivants de la décision). Une telle demande semblait motivée, selon les dires du fournisseur, par la

(172) Comm. CE 29 juin 2001, *Volkswagen c/ Commission*, Aff. COMP/F-2/36.693, JOCE du 2 octobre 2001, n° L 262/15 – RDT. Com. 2002, p.388 et s. obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.
(173) Circulaire du constructeur Volkswagen AG diffusée le 17 avril 1997 à tous les distributeurs allemands du réseau Volkswagen AG.
(174) Circulaire du constructeur Volkswagen AG diffusée le 26 septembre 1996 à tous les distributeurs allemands du réseau Volkswagen AG.

promotion et la protection de la marque, tâches dont étaient chargés les concessionnaires aux termes de l'article 2, paragraphe 1 et 6, du contrat de concession applicable (175). Le fournisseur mettait en garde ses distributeurs contre le fait de pratiquer de fortes remises, comportement qualifié au demeurant « *d'irresponsable* » et de son intention de ne pas tolérer de tels comportements tarifaires mettant en péril selon lui le contrat de concession. La société concédante estimait que la concurrence entre les concessionnaires ne devait pas « *s'exercer par les prix, mais surtout sur la plan de la satisfaction de la clientèle* » (Circulaire du 26 juin 1997). A côté de ces diverses circulaires, la société Volkswagen AG menaçait, par voie de mises en demeure, les concessionnaires qu'elle estimait s'écarter de la politique tarifaire promue par la marque.

111. — **Segmentation du marché.** Avant toute analyse juridique, il est intéressant de remarquer la description économique détaillée du secteur sur la segmentation du marché opérée par la Commission dans cette affaire. Elle rappelle les considérations des analystes du marché selon lesquelles, du point de vue du consommateur final, il n'y a pas de substituabilité totale entre les voitures particulières, au contraire le modèle au centre du problème est positionné sur un segment particulier qui est *« la catégorie moyenne supérieure »*. Il faut y voir un effort certain de la Commission à délimiter le marché pertinent contrairement à sa solution du 28 janvier 1998 relative à la première affaire Volkswagen, décision déniant toute importance à une telle question.

2°) Les pratiques de la société Mercedes Benz

112. — **Originalité de la pratique.** La société Mercedes Benz avait, de la même façon, mis en place un système de contrôle des prix de revente en Belgique (176). Il s'agissait d'un contrôle indirect dans la mesure où les concessionnaires belges étaient présentés comme étant à l'origine de ce contrôle des prix. Au cours d'une réunion, un plan « *anti-bradage*» avait été organisé afin de stigmatiser les distributeurs qui pratiquaient un taux de remise qui s'écartait du taux à appliquer. En pratique, il était notamment prévu de faire effectuer, par une agence extérieure, des «*achats fictifs*». Dans le cas où les distributeurs s'écarteraient des taux de remise décidés, le représentant de la marque Mercedes Benz pour la Belgique, présent à la réunion, s'engageait à réduire les quotas de véhicules attribués. Pour sa défense, le fournisseur arguait, au contraire, que cette action constituait

(175) Aux termes de cet article, les concessionnaires s'engagent « *à défendre les intérêts de Volkswagen AG, de l'organisation de distribution Volkswagen et de la marque Volkswagen et d'en assurer la promotion par tous les moyens* ».
(176) Comm. CE 10 octobre 2001, *Mercedes Benz* ; Aff. n 2002/758/CE; JOCE 25 septembre 2002, n°L 257, p.1, Europe 2002, n377, obs. L. IDOT - Contrats, concurrence, consommation 2002, Comm. n°161, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

une initiative des concessionnaires eux-mêmes. En tout état de cause, il était conscient qu'une telle fixation directe des prix était synonyme d'une condamnation automatique du juge communautaire appliquant à la lettre l'article 81, §1 du Traité CE (177).La Commission s'opposait à cette argumentation en constatant :

- qu'un représentant de la marque était présent aux réunions,
- qu'il avait avalisé les sanctions consistant à une réduction des stocks imposée aux distributeurs visés,
- qu'enfin les achats fictifs constituaient une pratique courante du fournisseur.

113. — La décision prise en apparence par les distributeurs belges de la marque constituait donc un accord déguisé sous la forme d'une prise de décision unilatérale des distributeurs.

PARAGRAPHE 2 : L'INTERDICTION DE REVENTE A DES CLIENTS HORS TERRITOIRE CONTRACTUEL

114. — Tous les constructeurs européens ont tenté par divers moyens de contrôler les ventes faites à des consommateurs résidant en dehors du territoire contractuel de leurs distributeurs. Il avait été indiqué qu'une telle pratique allait très certainement susciter davantage de contentieux après l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 dans la mesure où les constructeurs ne pouvaient plus cumuler un système de distribution sélective à un système de distribution exclusive. Pour autant, dès lors qu'ils ont, pour la plupart d'entre eux, privilégié un système sélectif, ils ont *de fa cto* renoncé à imposer à leurs distributeurs des restrictions des ventes fondées sur le territoire. Tant les constructeurs Volkswagen (A), qu'Opel Nederland (B) que Mercedes Benz (C) et Peugeot (D) ont usé de cette pratique.

A. LES PRATIQUES DE LA SOCIETE VOLKSWAGEN

115. — **Plaintes initiales.** La « *première affaire Volkswagen* » doit être considérée, à notre sens, comme une décision majeure du droit de la concurrence communautaire dans la mesure où elle a conduit les autorités communautaires en charge de la concurrence à remettre en cause

(177) Article 81, §1 du Traité CE : « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à: « Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction* » […].

l'efficacité économique des réseaux à la fois exclusifs et sélectifs et à infliger une des plus importantes amendes de l'histoire judiciaire européenne en matière d'ententes (178). La Commission fut amenée à contrôler la politique commerciale de cette société à partir du dépôt de nombreuses plaintes de consommateurs finals. Ces consommateurs entendaient profiter des prix attractifs des concessionnaires italiens par rapport à ceux pratiqués par les concessionnaires allemands et souhaitaient ensuite réexporter les véhicules vers leurs pays d'origine. Ils reprochaient à la société Volkswagen AG d'avoir bloqué leurs achats d'un véhicule neuf en Italie par la mise en place par Volkswagen AG et Audi AG d'accords ou de pratiques concertées avec leur importateur commun pour l'Italie, Autogerma SpA, et leurs concessionnaires en Italie visant à ne pas vendre des véhicules neufs à des consommateurs finals domiciliés dans d'autres États membres que l'Italie. La Commission a donc procédé à des vérifications auprès de la société mère, des différentes filiales mais également auprès des importateurs. Elle entendait démontrer que les accords et pratiques que Volkswagen AG, Audi

(178) Comm. CE 28 janvier 1998, *Volkswagen c/ Commission*; Aff. 98/273/CE ; JOCE L. 124/60 du 25 avril 1998 – Europe 1998, Comm. n°200, obs. L. IDOT. L'amende a été fixée à 102 millions d'écus, un tel montant démontre s'il était besoin « *la fermeté [de la Commission] à l'encontre des interdictions d'exporter et son intention de créer un véritable marché européen de l'automobile* » *(Cf. article précité). Cette amende sera réduite par le TPI à 90 000 millions d'écus. Une telle diminution, au demeurant symbolique, a pu susciter chez certains auteurs un commentaire non dénué de sarcasmes, ainsi Mme PRIETO considère « qu'une amende qui représente 0,5% du chiffres d'affaires, réalisé dans les Etats où la pratique est condamnée, est-elle vraiment dissuasive ?* » (C. PRIETO, note sous TPI 6 juillet 2000, Aff. T-62/98, Volkswagen c/ Commission ; Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s. A la date à laquelle le Tribunal a statué, le règlement n° 17/62 était applicable au calcul des amendes (la Commission ayant précisé ses méthodes de calcul dans des lignes directrices n° 98/C9/03), aujourd'hui il a été remplacé par le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Ce texte précise que « *La Commission peut infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent [...] La Commission peut, en outre, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction lorsqu'elles commettent une infraction aux dispositions des articles 81 ou 82 du traité [...]* » A la suite du règlement, la Commission a précisé ces règles de calcul au sein de lignes directrices (Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, §2, sous a) du règlement CE n°1/2003 ; JOUE, n°C. 210, 1er septembre 2006, p.6 – Contrats, concurrence, consommation 2006, Comm. n°194, M. MALAURIE-VIGNAL).
Malgré les quelques changements produits par ce dernier texte, il n'en demeure pas moins « que la pratique du calcul des amendes semble très éloignée du plafond des 10 % du chiffre d'affaires. Il existerait une sorte de barrière psychologique face au nombre de zéros, qui empêcherait de partir du maximum, pour ensuite modeler le montant à la baisse (C. PRIETO, note sous TPI 6 juillet 2000, Aff. T-62/98, Volkswagen c/ Commission ; Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s.). L'auteur propose au contraire « *une politique dissuasive des comportements dommageables à l économie [...] une piste consisterait, pour le calcul des chiffres d'affaires, à prendre comme exercice comptable de référence celui ou ceux correspondant au moment de l'infraction, et non celui qui précède la date de décision comme le fait la pratique des autorités communautaires* » *et l'auteur d'ajouter que « le principe de proportionnalité ne doit pas seulement être invoqué en faveur des droits de la défense. Il pourrait l'être aussi pour une politique de répression efficace* ».

AG et Autogerma SpA ont mis en œuvre avec leurs concessionnaires italiens étaient les indices d'une stratégie générale visant à empêcher ou à limiter considérablement les exportations parallèles d'Italie vers l'Allemagne et l'Autriche. Ces accords et ces pratiques, même considérés séparément, étaient susceptibles et avaient pour objet de restreindre de manière sensible le commerce entre États membres.

116. — **Menaces de résiliation.** Il s'agissait pour la société Volkswagen AG, par l'intermédiaire de son représentant en Italie, d'interdire aux concessionnaires italiens de vendre hors de leur territoire contractuel à tous client soupçonnés d'acheter un véhicule en vue de le réexporter vers son pays d'origine. Les concessionnaires italiens étaient à ce stade prévenus que le non respect de cette mesure pouvait conduire à la résiliation du contrat de concession. Cette stratégie prévoyait notamment l'utilisation d'une terminologie particulière pour désigner le marché à l'exportation de l'Italie vers l'Allemagne ; un tel marché était dénommé « *marché gris* » au sein des diverses correspondances échangées entre le constructeur et ses concessionnaires italiens (179). Afin d'endiguer ce phénomène d'importations parallèles sur le territoire allemand, le constructeur a mis en place au surplus une «*task-force*» dotée des pouvoirs, des moyens financiers et du personnel nécessaires. Le constructeur a alors informé ses concessionnaires et ses importateurs sur les objectifs et les missions de la « *task-force* » par une circulaire, il a parallèlement appelé ses concessionnaires à collaborer avec cette unité. Les missions et objectifs consistaient, d'une part, à « *lutter contre les réimportations» (surtout les «livraisons vers l'Allemagne», mais également vers « d'autres pays de l'Union européenne»), et, d'autre part, à «empêcher les livraisons à des revendeurs non agréés*» (180). Un autre document mentionne comme objectif de l'unité de « *limiter et empêcher durablement les importations grises et les réimportations* » (181) ou de ramener ce phénomène à des dimensions concurrentielles normales. Ces diverses mesures, auxquelles s'ajoute l'emploi d'un vocabulaire flou au sein des diverses correspondances (182), ont pu faire croire aux concessionnaires italiens que « *la distinction entre, d'une part, les ventes à des revendeurs étrangers au réseau et agissant pour leur propre compte et, d'autre part, les ventes aux consommateurs finals, à des intermédiaires mandatés ou à des concessionnaires du réseau a été brouillée et, partant, rendue moins aisée, voire laissée volontairement floue* » (183). Ces interdictions de vente à des revendeurs allemands ou à des consommateurs finals ont été présentées

(179) Point n° 43 de la décision : « L'entreprise a généralement désigné les livraisons à des revendeurs non agréés par le terme «marché gris» (Graumarkt), tout en assimilant souvent la notion de marché gris à celle de marché de la réimportation, ou en parlant, plus généralement, de «*réimportations*» ou de «*réexportations*» ».
(180) Point n° 47 de la décision.
(181) Point n° 47 de la décision.
(182) Toutes assorties d'une clause de confidentialité.
(183) Point n° 51 de la décision.

aux concessionnaires italiens comme la condition indispensable à une exemption de l'accord. L'importateur pour l'Italie de la société Volkswagen AG et Audi AG a recouru « *à une présentation tronquée de la réalité qui ne pouvait que donner l'impression erronée aux concessionnaires que leur comportement enfreignait le droit communautaire de la concurrence, avec le risque inhérent d'une sanction, même lorsqu'ils vendaient à un intermédiaire* » (184).

117. — **Politique de marges « *contrôlées* ».** Plus particulièrement, la volonté de la société Volkswagen de cloisonner le marché s'est manifestée dans sa politique de marge. Elle a eu recours à la pratique dite de *« marge fractionnée »,* c'est-à-dire que la marge du concessionnaire, égale à environ 15% du prix de revente, était divisée en deux parties. Pour un modèle précis, la société Volkswagen AG accordait une ristourne de 8% directe payable dès l'établissement de la facture et ensuite une remise de 5% accordée *a posteriori* uniquement en cas d'immatriculation sur le territoire contractuel du concessionnaire. A titre anecdotique, on citera les mots de la défenderesse extraits de documents internes : celle-ci a pudiquement qualifié cette mesure de *« fortement susceptible de faire l'objet d'une amende »…*

118. — **Politique de primes « *conditionnées* ».** L'autre pratique employée par la défenderesse est relative à la prime accordée en cas de réalisation des objectifs commerciaux aux concessionnaires, en sus de la marge habituelle. Il y a lieu de préciser au préalable que cette prime représente aujourd'hui une part croissante dans les revenus du distributeur, il y est donc particulièrement attentif et serait près à accepter de nombreuses consignes afin de la maintenir (à cela s'ajoute une politique de baisse de la marge au profit de cette prime censée être synonymes d'une plus grande efficacité économique). Elle était calculée sur la base du nombre de véhicules vendus dans le territoire contractuel, et pour les ventes hors territoire à condition qu'elles ne dépassent pas 15% du total des livraisons du concessionnaire.

119. — **Interdiction des livraisons croisées**. Afin de contrôler totalement son réseau de distribution la société Volkswagen AG a aussi interdit les livraisons croisées ; c'est-à-dire celles qui sont réalisées, par exemple, par des concessionnaires italiens au profit de concessionnaires allemands membres du réseau de distribution. Dans le même temps, les concessionnaires allemands ont été invités à ne plus commander de véhicules auprès des membres italiens du réseau. En tout état de cause, les stocks de véhicules détenus par les concessionnaires italiens ont été réduits à un niveau ne permettant pas l'exportation vers un autre pays de l'Union.

(184) Point n° 56 de la décision.

120. — **Qualification et sanctions.** La conjugaison de ces mesures a constitué « un moyen de pression efficace, surtout de nature financière, pour inciter les concessionnaires à ne pas effectuer de ventes (ou à ne pas permettre d'immatriculations) hors de leur territoire contractuel. En cas de ventes hors de leur territoire contractuel, les concessionnaires s'exposaient à une réduction considérable de leurs revenus. En outre, dans ce type de transactions, le concessionnaire perd de toute façon «l'après-vente», généralement très rentable. La politique de marge et de prime mise en œuvre a encore considérablement réduit l'intérêt financier de ces opérations. Par conséquent, de nombreux concessionnaires ont renoncé d'une manière générale à ces ventes, qu'il s'agisse ou non de transactions potentielles avec des revendeurs ou avec des consommateurs finals. Audi a confirmé plusieurs fois l'application effective des nouveaux régimes » (185). Dès la fin de l'année 1993, l'importateur Italien Autogerma Spa a procédé à la résiliation de certains contrats de concession en invoquant les ventes hors du territoire contractuel, tout en précisant, en interne, que « pour le public, [la résiliation avait] naturellement d'autres motifs» (186). Plusieurs faux motifs ont alors été diffusés par les lettres de résiliation; tels que la non réalisation des objectifs de vente ou le non respect des obligations contractuelles. La politique restrictive mise en place a eu les effets escomptés : les clients allemands se sont vu opposer des refus en raison de leur nationalité alors que dans le même temps les concessionnaires italiens se sont engagés à s'abstenir de conclure des ventes hors du territoire contractuel. Un certain nombre de concessionnaires ont pris des mesures visant à ne pas effectuer d'exportations ou uniquement dans une limite de 15 % des ventes totales, d'obliger les clients à immatriculer leurs véhicules en Italie, et ont procédé au licenciement de collaborateurs ayant vendu à l'étranger.

B. LES PRATIQUES DE LA SOCIETE OPEL NEDERLAND

121. — **Mesures mises en place par le constructeur.** Dans cette affaire, la Commission avait reçu des réclamations faisant état de la stratégie d'Opel Nederland BV consistant à entraver les exportations de véhicules neufs des Pays Bas vers d'autres Etats membres et notamment vers l'Allemagne. Les écarts de prix relevés entre les Pays-Bas et d'autres États membres entre 1995 et 1997 pour certains modèles Opel étaient suffisants pour encourager les exportations des Pays-Bas. Elle rendit sa décision le 20 septembre 2000 (187). La stratégie mise en place par le constructeur comportait notamment des mesures de limitation de

(185) Point n° 80 de la décision.
(186) Point n° 95 de la décision.
(187) Comm. CE 20 septembre 2000, *Opel Nederland* ; Aff. COMP/36.653 ; JOCE, L59/1, du 28 février 2001.

l'approvisionnement, une politique restrictive en matière de primes et l'interdiction donnée aux concessionnaires de vendre à l'exportation. Cette stratégie est presque similaire à celle adoptée par la société Volkswagen AG dans l'affaire étudiée précédemment ; il était question principalement de limiter l'approvisionnement des distributeurs soupçonnés de vendre des produits hors de leur territoire contractuel.

122. — **Limitations des approvisionnements.** Pour ce faire, la société Opel Nederland BV informa ses concessionnaires par un courrier du 26 septembre 1996 que « *en raison de problèmes d'approvisionnement, les volumes de livraison seraient à l'avenir limités et que chaque concessionnaire se verrait attribuer uniquement le nombre de véhicules indiqué dans la norme d'évaluation des ventes* ». Sur ce point, le constructeur répondait pudiquement que le manque de stock pouvait être invoqué comme une raison objective justifiant cette mesure restrictive de l'approvisionnement des concessionnaires. La Commission considéra au contraire que « *l'objectif de vente indiqué [...] est devenu le nombre maximal de véhicules à fournir au concessionnaire et que celui-ci doit vendre. Dans ces conditions, le concessionnaire n'a plus aucune marge de manœuvre pour effectuer des ventes à l'exportation en plus de ses ventes locales, puisque cela compromettrait la réalisation de l'objectif de vente qui lui a été assigné sur son territoire contractuel, partant ses résultats commerciaux* » (188).

123. — **Politique de primes.** La société Opel Nederland BV adopta la même politique de primes que la société Volkswagen AG à l'égard des concessionnaires dont elle soupçonnait les ventes à l'exportation, ceci alors pourtant que les primes représentent la réelle source de bénéfices pour les concessionnaires. A partir du 23 mai 1996, le constructeur précisa par la voie d'une note interne que « *les primes prévues dans le cadre des programmes de promotion des ventes ne devaient pas être accordées pour les ventes à l'étranger, même si le client était un consommateur final* » (189), pour décider quelques mois plus tard, que ces primes ne seraient accordées que pour des ventes de véhicules immatriculés au Pays-Bas.

124. — **L'interdiction de revente hors territoire contractuel.** Plus généralement, la Commission a estimé que la société Opel Nederland BV avait interdit de manière directe à ses concessionnaires de vendre des véhicules hors de leur territoire contractuel. La démarche restrictive de concurrence, mise en place par le constructeur, présentait plusieurs phases chronologiques différentes décrites par la Commission ; ce fut d'abord par le biais de notes internes que la défenderesse avait adjoint à ses revendeurs de limiter leurs ventes aux clients de leurs territoires contractuels. Dès lors que ces recommandations internes sont restées sans effet sur le nombre de véhicules vendus à l'exportation, les dirigeants de la société Opel Nederland

(188) Point n° 42 de la décision.
(189) Point n° 47 de la décision.

ont fait parvenir aux concessionnaires réalisant des ventes à l'exportation un courrier de « *mise en garde* », ce dernier moyen s'est révélé efficace dans la mesure où de nombreux concessionnaires se sont engagés à cesser toutes ventes à l'extérieur de leur territoire contractuel. La différence avec l'affaire Volkswagen est que le concédant n'a pas mis en place une pratique ayant pour but de tromper les concessionnaires, ou tout au moins d'entretenir un certain flou quant à ce qui était autorisé de ce qui ne l'était pas. Bien au contraire, la société mise en cause avait tout à fait conscience que les ventes aux consommateurs finals résidant à l'étranger étaient autorisées et ne le cachait pas à ses distributeurs, elle leur demandait seulement de ne pas satisfaire aux commandes venant de l'étranger.

C. LES PRATIQUES DE LA SOCIETE MERCEDES BENZ

125. — **L'interdiction générale de revente hors territoire contractuel.** A partir de l'année 1995, la Commission a reçu un certain nombre de plaintes de consommateurs européens relatives à des entraves à l'exportation de véhicules neufs de la marque Mercedes-Benz appartenant au groupe Daimler Chrysler AG dans divers Etats membres. Après enquête, la Commission a considéré le 10 octobre 2001 (190), que l'on pouvait constater sur ce marché un cloisonnement du marché contraire à l'article 81, §1 du Traité CE. La société Mercedes Benz avait constaté qu'un nombre considérable de véhicules neufs provenant des succursales Mercedes allemandes avaient été vendues, directement ou par l'intermédiaire des agents allemands, à des distributeurs indépendants n'appartenant pas au réseau officiel et, dans certains cas, également à des consommateurs finals, notamment en Belgique et en Espagne, les différences de prix étant à l'origine de telles exportations parallèles de l'Allemagne vers d'autres Etats membres. Ce type de revente, qualifiée par le concept de marché gris, englobait tant les ventes à des revendeurs non agréés, que celles transfrontalières à des consommateurs finals. Face à l'émergence de ce marché gris, de nombreux distributeurs agréés des autres Etats membres ont alors demandé à leur concédant de prendre des mesures afin de protéger leur territoire d'exclusivité contractuel. Par courrier du 06 février 1996, saisi par la Commission, le constructeur exhortait tous les membres du réseau de distribution allemand, sans exception, à renoncer « *à toute vente en dehors de leur territoire contractuel* » (Point n° 78 de la décision). Cette directive était assortie de diverses menaces détournées, dans la mesure où il était précisé que le constructeur ne ferait preuve d'aucune compréhension à l'égard des détaillants qui vendraient hors de leur territoire et qui chercheraient à obtenir des clients en concourant non par le

(190) Comm. CE 10 octobre 2001, *Mercedes Benz* ; Aff. n 2002/758/CE; JOCE 25 septembre 2002, n°L 257, p.1, Europe 2002, n377, obs. L. IDOT - Contrats, concurrence, consommation 2002, Comm. n°161, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

service, mais par les prix et les conditions accordées. La société Daimler Chrysler soutenait au contraire que ces restrictions ne concernaient que les ventes en Allemagne, et non les ventes à l'étranger. Elles ne seraient donc pas « *pertinentes en ce qui concerne la limitation des exportations sur laquelle porte l'enquête de la Commission* » (Point n° 95 de la décision). Une telle analyse ne fut pas retenue par la Commission qui constata de surcroît que le constructeur avait réduit les quotas de voitures fournies aux distributeurs allemands, ou du moins avait menacé ceux-ci de procéder à de telles réductions.

126. — **Une politique d'accomptes restrictives.** Le fournisseur Mercedes Benz imposait aussi à ses distributeurs la mesure suivante : instruction était donnée aux agents de réclamer un acompte de 15 % pour les exportations parallèles, c'est-à-dire pour les ventes conclues avec des clients d'un autre Etat membre. Ce comportement était d'autant plus condamnable aux yeux de la Commission que le fournisseur avait intégré cette consigne au sein d'un document qui ne présentait pas, *a priori*, d'aspects anticoncurrentiels ; il s'agissait d'un document visant à expliquer à ses distributeurs les conséquences de l'entrée en vigueur du règlement d'exemption n° 1475/1999, tout en présentant cette mesure comme une habitude courante dans le milieu de la vente de véhicules neufs. La Commission devait cependant qualifier juridiquement d'accord cette mesure anticoncurrentielle ; pour se faire elle a considéré qu'elle concrétisait « *la politique commerciale dans le domaine des ventes de véhicules à des clients finals d'autres États membres de la Communauté* » (Point n° 133 de la décision), et qu'elle était expressément prévue par les contrats conclus entre Mercedes-Benz et les agents allemands.

127. — **Contrôle des ventes par crédit-bail.** Enfin, la Commission s'intéressa au traitement des sociétés de crédit-bail par le constructeur. Ces dernières, en tant que clients finals des distributeurs, étaient contrôlées par le constructeur du fait qu'elles pouvaient devenir elles-mêmes revendeurs de véhicules, et ainsi participer au marché parallèle. Les distributeurs qui souhaitaient contracter avec ce type de clients devaient s'assurer que ces véhicules n'étaient pas destinés à la revente et qu'ils étaient vendus afin de satisfaire les besoins de clients finals identifiés.

D. LES PRATIQUES DE LA SOCIETE AUTOMOBILES PEUGEOT

128. — **Bonus financier et pressions.** Saisie par plusieurs intermédiaires français, la Commission a été amenée à contrôler les pratiques du constructeur Peugeot et de Peugeot Nederland NV, sa filiale à 100 % chargée de l'importation des véhicules de marque Peugeot aux Pays-

Bas (191). Il s'agissait pour les intermédiaires de mettre fin aux pratiques visant à entraver les ventes transfrontalières de voitures en provenance de ce pays et destinées aux consommateurs finaux établis dans d'autres États membres, en particulier la France. La première mesure, mise en œuvre de 1997 à 2003, a consisté en un système de bonus versé aux concessionnaires discriminant les ventes à l'exportation et qui, considéré sous l'angle de son mode de fonctionnement objectif, allait au-delà de ce qui était nécessaire pour inciter les concessionnaires néerlandais à consacrer leurs meilleurs efforts de vente sur leur territoire contractuel. La seconde mesure, mise en œuvre de 1997 à 2001, a consisté en des pressions d'Automobiles Peugeot SA sur les concessionnaires actifs à l'exportation, mesure directe qui est venue renforcer l'impact du bonus discriminatoire.

129. — **Conditions d'octroi du bonus.** Cette partie variable de la rémunération du distributeur était directement liée à l'immatriculation des véhicules vendus sur le territoire de son État membre. La Commission a clairement identifié le système mis en place par Peugeot, il s'agissait de « *deux phases régissant le mécanisme d'octroi du bonus: l'acquisition du droit au bonus était établie sur base d'une échelle progressive de réalisation d'un objectif convenu en début d'exercice, objectif de ventes à effectuer sur le territoire du concessionnaire. Dans un second temps, lorsque l'objectif de ventes était atteint, la liquidation du droit ainsi acquis s'effectuait également sur la base de véhicules vendus dans le territoire* » (192). La Commission a pu constater qu'en pratique les circulaires diffusées par le constructeur ne prévoyaient de telles rémunérations que pour les véhicules immatriculés sur le marché néerlandais.

130. — **Typologies des pressions et incitations.** Le constructeur a agi soit par l'exercice de pressions directes auprès des concessionnaires, ou par des tentatives de limiter, au moyen de menaces de restrictions de livraison, l'activité à l'exportation qu'ils entendaient développer. En pratique, le constructeur a créé un service nommé « *Account Managers Dealernet (AMD)* », chargé de contrôler *in situ* les lieux de ventes. Les pressions ont également pris la forme de menaces de réductions des livraisons, notamment sur les modèles les plus exportés.

SECTION 2 : LE TRAITEMENT JURIDICTIONNEL DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS

131. — La sanction de comportements anticoncurrentiels ne peut intervenir que sous réserve de démontrer un accord (Paragraphe 1) entre

(191) Comm. CE 05 octobre 2005, Automobiles Peugeot SA, Aff. 36.623, 36.820 et 37.275 ; JOUE du 27 juin 2006, n°L.173 – Concurrences, n°3-2006, p.88, obs. M. VAN DER WOUDE – Europe 2006, comm. n°161, obs. L. IDOT – RDC 2006, p.729, obs. C. PRIETO.
(192) Point n°7 de la décision.

entreprises (Paragraphe 2) susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres (Paragraphe 3), et qui a un effet ou un objet anticoncurrentiel (Paragraphe 4). Il ne sera pas question d'envisager l'application de chacune des conditions de l'article 81, § 1 du Traité, devenu l'article 101, mais plutôt de relever les points importants et les évolutions retenus au travers de ces quatre affaires.

PARAGRAPHE 1 : LA PREUVE DE L'ACCORD

132. — L'autorité chargée de la régulation de la concurrence se doit de démontrer rigoureusement l'existence du concours de volontés qu'elle entend voir condamner, alors que dans le même temps les entreprises soupçonnés ne cessent d'innover pour dissimuler leurs comportements. C'est d'ailleurs en matière d'entente que l'administration de la preuve de pratiques anticoncurrentielles présente des difficultés (193), le Juge devant parfois se contenter de « *coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence* » (194).

133. — Il est clairement constaté aujourd'hui que l'accord de volontés, qui constitue un des éléments constitutifs de l'entente, est souvent plus difficile à démontrer que la restriction de concurrence elle-même. Cette constatation a pu conduire les autorités de concurrence à sanctionner d'autres formes de concertation à côté de celles davantage identifiables (A). Elles ont cependant été tenues de revoir cette forme de répression, pour préférer une conception plus rigoureuse de l'accord (B).

A. LA GENESE JURISPRUDENTIELLE

134. — **Principe.** Le législateur communautaire considère qu'il y a consentement à l'entente dès lors qu'il est constaté un accord entre entreprises, une décision d'association d'entreprises ou une quelconque pratique concertée ayant pour effet de restreindre le commerce entre Etats membres (article 101, §1 du Traité CE). Le législateur ne définit pas au demeurant le type de consentement à l'entente qu'il considère répréhensible dans la mesure où « *la manifestation de volonté qui le caractérise ne soit pas, en soi, apte à faire naître des obligations, et que le droit de la concurrence communautaire la regarde comme un fait et seulement comme un fait : la*

(193) Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 1993, p.37 – Cf. pour des développements davantage récents : Ra pport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2006, p.73 et s. (disponible sur le site http://www.autoritedelaconcurrence.fr).
(194) CJCE, 25 janvier 2007, *Sumitomo Metal Industries Ltd* ;C 403/04 P et C 405/04 P.

seule question qui importe est de savoir si plusieurs entreprises ont eu la volonté commune de se comporter de façon qui porte atteinte à la concurrence (195) ». Une formule très générale issue de la jurisprudence de la Cour de justice permet néanmoins d'appréhender matériellement ce fait juridique qu'est le consentement à l'entente (196). En effet la Cour énonce « *qu'il suffit que la stipulation en cause soit l'expression de la volonté des parties. Il n'est pas nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national* » (197). Peu importe au demeurant la forme instrumentale que revêt ce consentement ou bien encore sa nature juridique, le juge communautaire de la concurrence devant seulement constater le fait que les entreprises en cause aient exprimé la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée. Le consentement à l'entente peut être exprimé au sein d'un contrat au sens civiliste du terme, mais de simples accords de négociation peuvent être constitutifs d'une entente contraire au droit de la concurrence communautaire. A l'extrême, la nullité de l'acte ou son non respect par les parties ne sont pas des circonstances écartant l'application de l'article 81, §1 du Traité CE (198). Le consentement à l'entente prohibée n'a donc nul besoin d'être expressément constaté, un consentement tacite a, parfois, conduit le juge communautaire de la concurrence à entrer en voie de condamnation contre des entreprises par application de la théorie dite des pratiques concertées. Cette simple coordination non formalisée entre entreprises est condamnable (199), même dans le cas où il s'agit seulement d'un simple échange d'informations susceptible d'exercer une influence sur le comportement futur des entreprises qui prennent part à cet échange (200).

135. — **Accord et décisions unilatérales.** Afin d'échapper à une éventuelle condamnation, les entreprises inquiétées par la Commission ont argué de « *décisions unilatérales* » insusceptibles d'être qualifiées d'accords

(195) A et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 2ème éd., LGDJ 2004, n° 220 et s.
(196) E. CLAUDEL, *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?* ; RTD. Com. 1999, p.291.
(197) CJCE 11 janvier 1990, *Sandoz c/ Commission*, Aff. C-277-87, Rec. 1990 p.1 : « la société Sandoz faisait figurer sur ses factures adressées à ses distributeurs une clause « *exportation interdite* », *la Cour a qualifié ce comportement d'entente dès qu'il ne constituait pas « un comportement unilatéral mais s'insère au contraire, dans le cadre général des relations commerciales que l'entreprise entretient avec ses clients [...] les commandes répétées de produits et les acquiescements successifs [...] des prix indiqués sur les factures [...] constituaient de la part de ceux-ci un acquiescement tacite des clauses stipulées dans la facture* ».
(198) CJCE 11 janvier 1990, *Sandoz c/ Commission*, Aff. C-277-87, Rec. 1990 p.1 et TPI 15 mars 2000, *Cimenteries*, Aff. T-25/95, Rec. 2000, p.45.
(199) CJCE 14 juillet 1972, *Matières colorantes*, Aff. 54/69, Rec. 1972 p.851.
(200) CJCE 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, Aff. 40/73, Rec. 1975, p.1663 : « *cette exigence d'autonomie [entre entreprises] s'oppose [...] rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre concurrents, ayant pour objet ou effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à [...] tenir soit même sur le marché* ».

(201). Il est nécessaire d'évoquer ici les deux arrêts de principes que sont les arrêts Fort et AEG. Pour le premier, le comportement que la Cour de Justice eut à qualifier était le suivant : la société FORD fournissait ses distributeurs allemands agréés en véhicules équipés d'un système de conduite à droite, à partir de 1981, la demande relative à ce type de véhicule par des acheteurs britanniques a fortement augmentée, du fait notamment d'une différence de prix importante entre la Grande Bretagne et la République Fédérale d'Allemagne. Le constructeur a informé ses distributeurs allemands par la voie de circulaires qu'il ne les approvisionnerait plus en véhicule équipés d'un système de conduite à droite, ces voitures devant être achetées exclusivement auprès de distributeurs britanniques (202). La question soulevée devant la Cour pouvait se formaliser de la façon suivante : le refus de livraison émanant de la société FORD à l'égard de ses distributeurs allemands pouvait-il s'analyser en une décision unilatérale d'entreprises échappant à la prohibition contenue dans le Traité CE ?Aux yeux de la Commission et de la Cour de Justice, une telle décision de la part du constructeur ne constituait pas un comportement unilatéral de l'entreprise, mais s'insérait au contraire dans des relations contractuelles que l'entreprise entretenait avec ses revendeurs, la qualité de distributeur impliquait l'acceptation par les contractants de la politique du constructeur en matière de modèles à livrer sur le marché allemand. La société AEG, quant à elle, avait mis en place un système de distribution sélective de ses produits, la Commission après analyse des divers accords avait conclu à l'exemption de ces deniers. Quelques années après la Commission avait été saisie de diverses plaintes de commerçants candidats à la distribution des produits AEG qui s'étaient vus opposer un refus qu'ils jugeaient discriminatoires, d'autres griefs furent alors reprochés à la société AEG par la Commission, et notamment d'imposer à ses distributeurs agréés des prix de revente afin de maintenir ces prix au niveau qu'elle estimait commercialement opportun. La défenderesse soutenait au contraire que ces divers comportements ne relevaient que de décisions unilatérales ne tombant pas sous le coup de la prohibition contenue dans le Traité CE. Une telle argumentation ne fut pas retenue par la Cour qui considéra que ces pratiques s'inséraient dans les relations contractuelles qu'entretenait AEG avec ses distributeurs dès lors que la décision d'agrément se fondait sur l'acceptation expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique d'AEG, et notamment de sa politique de sélection des distributeurs. La Cour affirma que « *les refus d'agrément sont des actes qui relèvent de relations contractuelles avec les distributeurs agréés, en tant qu'ils visent à garantir le*

(201) Face à ces dispositions contenues dans le Traité et à la diversité des droits civils des Etats membres sur cette question, le droit communautaire a fait d'abord le choix de l'autonomie. En effet le Juge communautaire a opté pour une distinction particulière au droit communautaire de la concurrence de la notion d'accord et de comportement unilatéral.
(202) CJCE 17 septembre 1985, *Ford c/ Commission*, Aff. 25/84 et 26/84, Rec. 1985, p.2725.

respect des ententes limitatives du jeu de la concurrence qui sont à la base des contrats entre les fabricants et les distributeurs agréés » (203). Aux termes de cette jurisprudence constante en la matière, la Commission a considéré que « *dès lors que l'agrément au sein d'un réseau de concessionnaires se fonde sur l'acceptation expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique de distribution poursuivie par le constructeur […] ces circulaires constituent un élément des accords de Volkswagen AG avec ces concessionnaires contractuels, car elles doivent être considérées comme participant de relations d'affaires suivies, sur la base d'un accord général existant (le contrat de concession)* ».

136. — **Synthèse.** Sous couvert d'efficacité, la Commission a donc fait le choix d'une méthodologie fondée sur la présomption, raisonnement qui au demeurant n'a pas été sans susciter de nombreuses critiques (204). L'arrêt de la CJCE en date du 8 juillet 1999 (205) réalise une synthèse de ces diverses jurisprudences : l'accord est défini comme « *la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* », pour englober non seulement la notion de contrat, mais plus largement tout acte, et à l'extrême toute intention, visant à restreindre la liberté commerciale d'un opérateur économique. Il n'est pas nécessaire finalement de constater un accord formelle, la Commission a pu ainsi condamner un simple engagement d'honneur (206).

137. — **Accord et distribution automobile.** Au sein des affaires intéressant la présente étude, il s'agissait de savoir si les consignes diffusées par le constructeur par lesquelles il entendait contrôler la pratique tarifaire de ses distributeurs et leur liberté de revente pouvaient valablement être qualifiées d'accord. Le moyen de défense principal des constructeurs était fondé sur l'absence de la preuve d'un accord au sens de l'article 101, §1 du Traité CE, ils estimaient que la Commission n'avait pas fait preuve d'une rigueur particulière quant à la démonstration de l'accord ou de la pratique concertée exigée. Il s'avère que tant la « *première affaire Volkswagen* » (1) que la décision de la Commission en date du 29 juin 2001 (dite « *seconde affaire Volkswagen*) (2) sont une simple réitération de la jurisprudence antérieure, le recours formé suite à cette dernière décision marquera le renouveau de la notion d'accord.

1°) La première affaire Volkswagen (Déc. Comm, 28 janvier 1998 – TPI 06 juillet 2000 – CJCE 18 sept 2003).

(203) CJCE 25 Octobre 1983, *AEG c/ Commission*, Aff. 107/82, Rec. 1983, p.3151.
(204) E. CLAUDEL, *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?* ; RTD. Com. 1999, p.291.
(205) CJCE 8 juillet 1999, *Anic*, Aff. C-49/92 P, Rec. 1999, p.I-4125.
(206) Comm. CE 26 octobre 1999, *FEG et TU* ; JOCE 14 février 2000, n° L.39.

a. La décision de la Commission

138. — **Appréciation sévère des pratiques.** Pour la « *première affaire* » Volkswagen, elle a considéré que les concessionnaires italiens avaient avalisé l'ensemble des mesures restrictives mises en place par le constructeurs une telle acceptation a été déduite notamment des circonstances de fait suivantes (207) :

- en raison de l'interdiction/restriction d'exportation, des concessionnaires ont donné instruction à leurs revendeurs de ne plus vendre à l'étranger,
- des concessionnaires ont renvoyé des collaborateurs ayant effectué des ventes à l'étranger,
- d'autres ont demandé l'autorisation d'Autogerma avant de conclure des contrats de vente avec des consommateurs finals résidant à l'étranger, à défaut d'accord ces concessionnaires italiens ont refusé de vendre à des consommateurs finals résidant hors d'Italie et à d'autres concessionnaires VW/Audi, en en arguant du fait qu'ils ne vendaient plus à l'étranger.
- Enfin, les concessionnaires ont accepté le blocage de la prime pour toutes les ventes effectuées en dehors du territoire contractuel.

139. — La Commission a ainsi estimé que « Les mesures prises par Volkswagen, Audi et Autogerma pour empêcher ou restreindre les exportations parallèles ne constituent pas des actes unilatéraux échappant à l'interdiction mentionnée à l'article 85, paragraphe 1, du traité; elles s'inscrivent au contraire dans le cadre de la relation contractuelle qui existe entre les constructeurs, par l'intermédiaire de Autogerma, et les concessionnaires de leur réseau de distribution sélective, parce qu'elles ont été prises d'un commun accord pour faire partie intégrante du contrat de concession [...]. Il importe peu de savoir si les concessionnaires ont respecté l'interdiction/restriction d'exportation du fait de pressions exercées par le constructeur. Dans la décision 82/367/CEE (Hasselblad), la Commission a déclaré qu'il suffisait, pour qu'il y ait pratique concertée, «qu'une entreprise indépendante adapte consciemment et volontairement son comportement aux vœux exprimés par une autre entreprise; que les motifs qui l'animent ou la conscience de l'infraction ne jouent aucun rôle à cet égard» (208). Au visa des arrêts AEG (209) et Ford (210), la Commission a estimé qu'il n'était

(207) Comm. CE 28 janvier 1998, *Volkswagen c/ Commission*; Aff. 98/273/CE ; JOCE L. 124/60 du 25 avril 1998, Point n°127.
(208) Comm. CE 28 janvier 1998 ; JOCE L. 124/60 du 25 avril 1998, Point n° 128 et 129 de la décision.
(209) CJCE 25 Octobre 1983, *AEG c/ Commission*, Aff. 107/82, Rec. 1983, p.3151.
(210) CJCE 17 septembre 1985, *Ford c/ Commission*, Aff. 25/84 et 26/84, Rec. 1985, p.2725.

pas nécessaire de rechercher la preuve du consentement à un accord dès lors que l'on se trouvait face à un réseau de distribution sélective ou exclusive, ce consentement devrait être considéré comme acquis du simple fait que le distributeur est entré dans le réseau.

b. La décision du TPI en date du 06 juillet 2000

140. — **Confirmation en appel.** Le TPI saisi par la société Volkswagen, n'a pas sanctionné une telle carence de la Commission au sein de son arrêt du 06 juillet 2000 (211) il a considéré que « *dans le cadre d'une infraction constituée de plusieurs comportements liés, il ne saurait être exigé de la Commission qu'elle qualifie précisément les différents éléments de l'infraction d'accord ou de pratique concertée. En effet, en tout état de cause, l'une et l'autre de ces formes d'infraction sont visées à l'article 85 du traité* » (212). Le Tribunal conclut ainsi « *qu'une invitation adressée par un constructeur automobile à ses revendeurs sous contrat constitue non pas un acte unilatéral mais un accord, lorsqu'elle s'insère dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli* » (213), autrement l'accord des concessionnaires n'est pas alors à rechercher.

c. La décision de la CJCE en date du 18 septembre 2003

141. — **L'analyse de la Cour.** Sur pourvoi, la CJCE n'a pas pour autant mis fin à une telle approximation probatoire ; elle confirma l'analyse du Tribunal par un arrêt du 18 septembre 2003 (214). L'on sait que la Commission, suivie par le TPI se fondait sur l'arrêt Ford pour affirmer que dès lors qu'une invitation d'un constructeur adressée à ses distributeurs s'insère dans un ensemble de relations contractuelles continues régies par un accord de concession, celle-ci est qualifiée d'accord. La requérante arguait une mauvaise référence jurisprudentielle de la part de la Commission, dans l'arrêt Ford la restriction de concurrence trouvait son origine dans le contrat de concession, ce qui n'était pas le cas en espèce puisque la clause qui pouvait limiter l'approvisionnement n'était efficace que pour certains motifs. Cependant la Cour de justice n'a pas retenu ce moyen tendant à donner au contrat de concession des objectifs qu'il ne poursuivait pas, la requérante ne pouvait se retrancher derrière son contrat de concession pour justifier de comportements anticoncurrentiels. La CJCE refuse de revoir l'arrêt sur ce point en estimant que le pourvoi manque

(211) TPI 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c/ Commission*, Aff. T-62/98 ; Contrats, Concurrence, Consommation, décembre 2000, p.15, 16, 17, note S. POILLOT-PERUZZETTO, E. CHEVRIER, Volkswagen est condamné au titre des ententes pour avoir cherché à cloisonner le marché italien de vente de véhicules neufs de ses marques**,** D. 2000, Act. Jur, p.350 - Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s.
(212) Point n° 237 de l'arrêt.
(213) Point n°236 de l'arrêt
(214) CJCE 18 septembre 2003, *Volkswagen AG c/ Commission*, C-338/00, RECEUIL ; LPA, 29 janvier 2004, n°21, obs. P.ARHEL - Contrats, concurrence, consommation 2004, Comm. n°27, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO - Journal du droit international (Clunet), 2/2004, p.618 et s. – Revue du Droit de l'Union européenne, 4/2003, p.769 et s., note N. PETIT.

totalement de motivation, et qu'en tout état de cause une telle règle tendant au cloisonnement du marché ne saurait être couverte par le règlement n° 125/83 (215). La CJCE a considéré que « *la limitation des réexportations, qui était l'objectif poursuivi par cette dernière, résultait également du comportement commercial des concessionnaires italiens et que ce comportement a été influencé par la requérante, étant de surcroît constant que les moyens mis en œuvre à cet effet, notamment l'approvisionnement restreint en véhicules, résultaient des clauses du contrat de concession et avaient donc recueilli l'accord des concessionnaires* » (216), en ayant rappelé au préalable les jurisprudences Ford (217) et Bayererische Motorenwerke (218).

2°) La deuxième affaire Volkswagen, Décision de la Commission du 29 juin 2001 ; JOCE du 02 oct. 2001, n° L. 262/15.

142. — **Faisceau d'indice.** Au sein de la deuxième affaire Volkswagen, la Commission adopta encore une fois un raisonnement par présomption et décida que « *les circulaires litigieuses constituaient au final des accords puisqu'elles participaient de relations d'affaires suivies sur la base d'un accord général* ». (219). Il s'agissait pour autant de démontrer le consentement des concessionnaires à la politique de distribution du constructeur. Plusieurs indices démontraient, selon la Commission, la réalité de ce consentement et notamment :

143. — Les concessionnaires considéraient les prix portés dans les circulaires comme des prix imposés,

---

(215) La totalité de l'argumentation de la demanderesse au pourvoi fut donc rejetée par la Cour de Justices des Communautés sans que cela présente d'originalité juridique quant à la matérialité des faits. En revanche, l'apport de l'arrêt est à analyser au regard « *du glissement du contentieux de la matérialité des faits vers la contestation de l'évaluation des amendes* » (N. Petit, in Revue du Droit de l'Union européenne, 4/2003, p.769 et s. L'auteur met notamment en exergue les deux arguments procéduraux évoqués par la société Volkswagen, le premier d'entre eux est relatif à la preuve de la faute de l'entreprise en droit de la concurrence. Il n'avait aucune chance d'être accueilli par la Cour dans la mesure où la caractérisation de la faute des organes dirigeants de l'entreprise n'est une condition d'application du droit de la concurrence communautaire.
Ensuite, la société Volkswagen arguait, à juste titre au demeurant, que la Commission avait commis des erreurs procédurales et que ce faisant la société Volkswagen pouvait obtenir une réduction de l'amende prononcée. Au contraire, la CJCE décide que la requérante devra former un recours indemnitaire en ce sens conformément à l'article 288 du Traité CE.
(216) Point n° 67 de l'arrêt.
(217) CJCE 17 septembre 1985, *Ford c/ Commission*, Aff. 25/84 et 26/84, Rec. 1985, p.2725.
(218) CJCE 24 Octobre 1995, *Bayererische Motorenwerke*, Aff. C-70/93, Rec. 1995, p.I-3439.
(219) Comm. CE 29 juin 2001, *Volkswagen c/ Commission*, Aff. COMP/F-2/36.693, JOCE du 2 octobre 2001, n° L 262/15 – RDT. Com. 2002, p.388 et s. obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.

144. — les instructions étaient complétées par l'invitation lancée aux concessionnaires à «transmettre toutes les annonces de partenaires Volkswagen qui ne respectent pas la discipline tarifaire».

145. — Enfin, les mises en demeure envoyées en parallèle à la diffusion des circulaires « relèvent également des liens contractuels de Volkswagen AG avec ses concessionnaires. Elles concrétisent ces liens en ce qui concerne le comportement tarifaire des concessionnaires, en ce sens que ceux-ci doivent modifier leur politique de prix et qu'ils doivent mentionner dans leur publicité essentiellement les prix conseillés non imposés de Volkswagen AG pour la VW Passat et exiger ces prix lors de la vente des véhicules »

146. — La Commission entendait donc faire application des jurisprudences constantes de la Cour Ford et AEG : « l'agrément au sein du réseau de concessionnaires se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique de distribution poursuivie par le constructeur » (220), l'accord étant au final composé de trois circulaires et de mises en demeure adressées à certains concessionnaires.

147. — **Référence à l'arrêt TPI du 06 juillet 2000.** Pour réfuter l'ensemble des arguments avancés par le constructeur, la Commission se fondait sur l'arrêt du TPI en date du 06 juillet 2000 et relatif à la « *première affaire Volkswagen* » (221) dans la mesure où ce dernier avait décidé que « *des invitations adressées par un constructeur automobile à ses concessionnaires sous contrat constitue un accord lorsqu'ils [...] à influencer les concessionnaires [...] dans l'exécution de leur contrat* ». Elle estimait ensuite que le comportement devait être rattaché au contrat de concession lui-même puisque « *Volkswagen AG s'est fondée, pour mettre en demeure ses concessionnaires, sur l'article 2, paragraphe 6, du contrat de concession Volkswagen/Audi, ou sur l'article 2, paragraphe 1, du contrat de concession Volkswagen, selon le cas. Ces dispositions obligent les concessionnaires VW «à défendre les intérêts de Volkswagen AG, de l'organisation de distribution Volkswagen et de la marque Volkswagen et d'en assurer la promotion par tous les moyens* » (222).

(220) CJCE 25 Octobre 1983, *AEG c/ Commission*, Aff. 107/82, Rec. 1983, p.3151 et CJCE 17 septembre 1985, Ford c/ Commission, Aff. 25/84 et 26/84, Rec. 1985, p.2725.
(221) TPI 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c/ Commission*, Aff. T-62/98 ; Contrats, Concurrence, Consommation, décembre 2000, p.15, 16, 17, note S. POILLOT-PERUZZETTO, E. CHEVRIER, Volkswagen est condamné au titre des ententes pour avoir cherché à cloisonner le marché italien de vente de véhicules neufs de ses marques, D. 2000, Act. Jur, p.350 - Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s.
(222) Comm. CE 29 juin 2001, *Volkswagen c/ Commission*, Aff. COMP/F-2/36.693, JOCE du 2 octobre 2001, n° L 262/15, Point n°64.

B. LE RENOUVEAU DE LA NOTION

148. — Le recours formé par la société Volkswagen contre la décision de la Commission en date du 29 juin 2001 va être l'occasion pour le TPI d'en revenir à une conception restrictive de la notion d'accord (223) (2), ce nouvel état jurisprudentiel trouve sa première source dans une précédente affaire intéressant la société Bayer AG (1).

1°) Le prémisse de la jurisprudence Bayer

149. — **Pratiques de la société Bayer AG.** La société Bayer AG commercialise une gamme de médicaments sous la marque « *Adalat* » par le biais de grossistes, unis à Bayer par des contrats successifs. Confrontée à d'importations parallèles (de l'Espagne et la France vers l'Angleterre) dues notamment à d'importantes différences de prix entre Etats membres, la société Bayer décide alors de ne plus livrer à certains grossistes que les produits nécessaires à la satisfaction des besoins de la population nationale.

150. — **Appréciation de la Commission.** Dans une décision du 10 janvier 1996 (224), la Commission a estimé que les sociétés Bayer France et Bayer Espagne avaient mis en œuvre une politique d'interdiction d'exporter. Les grossistes, qui n'ont pas interrompu leurs relations commerciales avec Bayer et qui « *se sont adaptés* » dans la présentation de leurs commandes aux exigences de cette société, ont adhéré à l'interdiction d'exporter, laquelle « *s'insérait dans le cadre des relations commerciales continues entre Bayer France et Bayer Espagne* ». La Commission a déduit une telle analyse du fait que la société Bayer AG adaptait les volumes de produits livrés en fonction du comportement de ses grossistes, dès lors que l'un deux violait l'interdiction d'exporter vers le Royaume Uni, il voyait son approvisionnement réduire d'autant. A l'inverse, elle considéra que les grossistes avaient pleinement adhéré à la pratique mise en place dans la mesure où finalement ils ne commandaient plus que des quantités calculées en fonction de la satisfaction des besoins locaux qu'ils étaient chargés d'assurer.

151. — **Revirement jurisprudentiel du TPI.** Le TPI, saisi d'un recours introduit par la société Bayer AG considérant que ces interdictions relevaient exclusivement de décisions unilatérales, annula la décision de la

(223) TPI 3 décembre 2003, *Volkswagen c/ Commission*, Aff. T-208/01, Rec. 2003, p.II-5141 ; LPA 15 mars 2004, n°53, p.13, Note P.ARHEL – Revue des contrats 2004, n°2, p.289, note L. IDOT – RJDA 6/04, 603, note J.-M. COT – Revue Lamy Droit des affaires 2004, n°68, note M. THILL-TARAY et F. HERRENSCHMIDT
(224) Déc. n° 96/478/CE de la Commission, 10 janvier 1996 ; JOCE 9 août 1996, n° L. 201, p.1.

Commission aux motifs que cette dernière n'avait pas apporté la preuve de l'existence d'un accord au sens de l'article 81, § 1 du traité CE (225). Le TPI eut notamment à vérifier que Bayer AG avait réellement eu l'intention d'imposer une interdiction d'exporter et que ses grossistes avaient pleinement adhéré à cette politique visant à éradiquer toute importation vers le Royaume Uni du médicament *Adalat*. Sur le premier point, le TPI a considéré que les pièces à charge n'établissaient pas que Bayer AG ait imposé une interdiction d'exporter à ses grossistes, ni qu'un contrôle systématique de la destination finale du produit ait été à relever. De la même façon, la Commission n'avait pas explicité, avec toute la rigueur requise en pareille matière, l'existence d'une politique de menace à l'encontre des grossistes récalcitrants. Quant à la volonté des grossistes d'adhérer à une telle politique restrictive, les juges du TPI reprochaient à la Commission de ne pas avoir constaté que les grossistes avaient adapté leurs commandes à la politique mise en place. La décision de la Commission était fondée pour partie sur les précédents jurisprudentiels adoptés par la Cour de Justice (226), mais le TPI n'a pas succombé à une telle analyse en considérant que dans l'arrêt Sandoz l'interdiction d'exporter était contenue au sein de factures acceptées par les distributeurs, au contraire la Commission se devait de prouver que l'attitude des grossistes de la société Bayer AG était dictée par l'adhésion à la politique commerciale du fournisseur. A la suite de cet arrêt, certains se sont interrogés sur sa portée ; s'agissait-il d'un arrêt d'espèce justifié par la spécificité du marché des médicaments et l'absence de réseau dans le cas factuel considéré, ou au contraire l'intention du Tribunal de revenir à une plus grande rigueur juridique (227). La prise de position ultérieure de la Cour de justice, suite au pourvoi formé, nous permettra d'opter pour la seconde hypothèse, la Cour exhortera la Commission à plus de rigueur.

152. — **Retour de la rigueur.** La Cour de Justice va donc confirmer une telle approche (228), la solution dégagée est la suivante : « un accord, au sens de l'article 81 § 1 du Traité CE, ne peut se fonder sur ce qui n'est que l'expression d'une politique unilatérale d'une des parties contractantes, qui ne peut être exécutée sans l'assistance d'autrui, c'est-à-dire sans l'adhésion des distributeurs (…) il est nécessaire que la manifestation de volontés de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la

(225) TPI 26 octobre 2000, Bayer *AG c/ Commission*, Aff. T-41/96, Rec., p.3383: « « *la Commission avait méconnu la notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique, qu'il met en œuvre unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement est de facto contraire à ladite politique* ».
(226) CJCE 11 janvier 1990, *Sandoz c/ Commission*, Aff. C-277-87, Rec. 1990 p.1
(227) Voir notamment : JB BLAISE, Chron. Concurrence ; RDT eur. 2002, p.339, n°142 et s.
(228) CJCE 6 janvier 2004, *BAI et Commission c/ Bayer AG*, Aff. Jointes C-2/01 et C-3/01, Rec. p.I-23 ; Revue Lamy Droit des affaires 2004, n°68, note M. THILL-TARAY et F. HERRENSCHMIDT – Revue des contrats 2004, n°2, p.289, note L. IDOT.

réalisation commune d'un tel but. La Cour ajoutera que « le seul fait qu'il existe concomitamment un accord, neutre en soi, et une mesure restrictive de concurrence imposée de manière unilatérale n'équivaut pas à un accord interdit par ladite disposition. Partant le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes, ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un tel accord ». Cet arrêt ne fait que confirmer de manière rigoureuse ce que le TPI avait déjà établit : désormais la notion d'accord est certaine et restrictive, cela réduit d'autant plus la marge de manœuvre de la Commission. Cette dernière avait en effet adopté une conception extensive de la notion « d'accord » afin d'appréhender les comportements anticoncurrentiels « d'un opérateur économique qui adopte de manière délibérée une politique de vente ayant pour objectif d'entraver les importations parallèles induisant un tel cloisonnement » (229). Ce manque de rigueur juridique que la Cour de Justice a reproché à la Commission trouve donc sa cause dans la volonté de cette institution de lutter contre des pratiques anticoncurrentielles que les contractants à des accords de distribution ont pu mettre en œuvre sous le couvert de décisions unilatérales. L'arrêt du TPI en date du 03 décembre 2003 va consacrer un tel changement dans la caractérisation de l'accord au sens de l'article 81, §1 du Traité CE.

2°) La confirmation par l'arrêt du TPI en date du 03 décembre 2003

153. — **L'exigence stricte d'un accord.** Le Juge communautaire revient donc à une interprétation stricte de la notion d'accord ; la Commission se devait d'établir l'acquiescement exprès ou tacite de la part des concessionnaires quelque soit sa forme. Elle ne pouvait décider *« qu'un concessionnaire qui a signé un contrat de concession conforme au droit de la concurrence est censé avoir, lors de et par cette signature, accepté d'avance une évolution ultérieure illégale de ce contrat, alors même que, en raison précisément de sa conformité au droit de la concurrence, ledit contrat ne pouvait permettre au concessionnaire de prévoir une telle évolution »* (230). Rappelons, a u préalable, que la société Volkswagen AG invoquait à titre principal qu'aucun accord ne serait intervenu entre elle et ses concessionnaires et qu'à supposer que ces pratiques auraient été qualifiées

(229) J.-C. et C. GRALL, *La notion d'accord au sens de l'article 81, § 1 du Traité CE, après l'arrêt Bayer*, Lamy droit économique, février 2004 p.1 et s.
(230) TPI 3 décembre 2003, *Volkswagen c/ Commission*, Aff. T-208/01, Rec. 2003, p.II-5141 ; LPA 15 mars 2004, n°53, p.13, Note P.ARHEL – Revue des contrats 2004, n°2, p.289, note L. IDOT – RJDA 6/04, 603, note J.-M. COT – Revue Lamy Droit des affaires 2004, n°68, note M. THILL-TARAY et F. HERRENSCHMIDT. Spéc. Point n° 43 de l'arrêt.

d'accord, elles n'auraient pas affecté de manière sensible le commerce entre Etats membres. Ce dernier élément n'a pas été analysé par le Tribunal puisqu'il a annulé la décision de la Commission en se fondant uniquement sur l'absence de preuve de celle-ci quant à l'existence d'un accord. La société Volkswagen consciente du fait que le concours de volonté est un élément central de la notion d'accord au sens de l'article 101 §1 du Traité CE, arguait qu'il fallait que la Commission prouve un consentement exprès ou tacite et que les invitations adressées aux concessionnaires devaient s'insérer dans des relations contractuelles. La Commission ne pouvait se contenter de considérer que ces invitations unilatérales constituaient un accord dès lors qu'elles visaient à influencer le concessionnaire dans l'exécution de son contrat. La démarche de la Commission reviendrait selon la défenderesse à « *imposer une nouvelle approche juridique [...] de la notion d'accord, mais également modifierait en sa faveur les règles de la charge de la preuve* » (point n° 19 de l'arrêt). Ces mesures devaient donc selon elle être conformes à l'interprétation du contrat de concession et s'insérer dans des relations contractuelles d'ensemble (231), les invitations à pratiquer des prix déterminés étant incompatibles avec le contrat de concession. Au contraire, la Commission faisait valoir qu'il n'était pas nécessaire de rechercher l'acquiescement des concessionnaires du fait qu'ils étaient membres d'un réseau de distribution. De surcroît, elle a considéré que « *la politique illégale d'un concédant, adoptée dans le cadre d'un contrat de distribution légal, pourrait devenir partie intégrante de ce contrat sans que celui-ci ne doive contenir de réserve explicite en ce sens* » (point n° 26 de l'arrêt).

154. — Le Tribunal condamne toutes les interprétations jurisprudentielles de la Commission et notamment celle de l'arrêt *AEG*. Il rappelle que la Cour y énonce *« que dans le cas d'admission d'un distributeur, l'agrément se fonde sur l'acceptation tacite ou expresse, de la part des contractants de la politique poursuivie par AEG exigeant l'exclusion du réseau de distributeurs ayant les qualités pour y être admis, mais n'étant pas disposés à adhérer à cette politique »*, autrement dit le Tribunal n'a pas considéré que l'acquiescement des distributeurs constituait un acquiescement donné d'avance. Dans l'arrêt *Ford,* il n'était pas question de savoir si les concessionnaires avaient acquiescé à la politique restrictive du concédant mais de savoir si les circulaires éditées par ce dernier devaient être rattachées au contrat de concession, afin de déterminer si la Commission pouvait en tenir compte dans son examen du contrat en vue d'une exemption au titre de l'article 101 §3 du Traité. Enfin, le TPI précise que dans son arrêt du 6 juillet 2000 les concessionnaires s'étaient pliés effectivement et de manière évidente à la politique restrictive du concédant.

(231) Point n° 20 de la décision TPI 03/12/2003 « *Il ne suffirait donc pas que les invitations émanant d'un concédant «relèvent» d'un lien contractuel préexistant, ni que ce concédant se réfère, dans ces invitations, au contrat de concession* ».

155. — **Conclusion.** Il résulte donc que la Commission n'a pas rapporté la preuve d'un concours de volontés entre la requérante et ses concessionnaires. Le Tribunal confirme donc l'interprétation restrictive de la notion d'accord amorcée par l'arrêt Bayer (232), mais de manière plus audacieuse selon M. Arhel car selon lui *« la position du Tribunal dans l'affaire Bayer pouvait s'expliquer par l'absence d'accords de distribution »* (233) et ici ce n'est pas le cas.

3°) La confirmation récente de la notion d'accord opérée par la Cour de Justice dans son arrêt en date du 13 juillet 2006.

156. —

157. — **Position de l'avocat- général.** L'arrêt du TPI du 03 décembre 2003 a fait l'objet d'un pourvoi de la Commission devant la Cour de justice des Communautés européennes (234), les conclusion de l'avocat général A.Tizzano sont riches d'enseignements dans la mesure où elles furent reprises pour l'essentiel par la Cour, il a notamment considéré que le Tribunal avait jugé à juste titre que « *la Commission n'a pas rapporté, dans la décision attaquée, la preuve d'un concours de volontés entre la société Volkswagen et ses concessionnaires, relativement aux invitations litigieuses, et que ladite décision a donc été adoptée en violation de l'article 81, paragraphe 1, CE* » (235). Il s'attache en premier lieu à clarifier la notion d'accord au regard des diverses jurisprudences qu'on pu évoquer les parties en première instance. A ce titre, il entend distinguer les mesures imposées aux distributeurs et qui trouvent leur origine au sein du contrat de distribution, de celles qui sont détachables de toutes dispositions contractuelles.

158. — Dans cette seconde hypothèse, l'avocat général Tizzano a précisé que si la Cour a pu retenir une conception large de la notion d'accord au sein de diverses jurisprudences, et notamment dans l'arrêt Sandoz (236) aux termes de laquelle *« sans même vérifier si les produits en question avaient ensuite été concrètement exportés ou non, la Cour a reconnu une forme d'«acceptation tacite» – et a donc considéré qu'il avait été conclu un «accord» – du simple fait que, à la suite de l'insertion de la mention en cause dans les factures, les grossistes n'avaient pas contesté ladite mention et*

232 TPI 26 octobre 2000, *Bayer AG c/Commission*, Aff. T-41/96, Rec. CJCE II, p.3383.
233 TPI 3 décembre 2003 : *Volkswagen c/ Commission*, (Aff. T-208/01), P.Arhel, Les petites affiches, 15 mars 2004, n°53, p.13.
(234) CJCE 13 juil. 2006, *Commission des Communautés Européennes c/ Volkswagen AG*, Aff. C-74/04. – Gaz. Pal. du 1er au 04 novembre 2006, p.13, obs. T. JANSSENS et J. PHILIPPE.
(235) Conclusions de l'avocat général Tizzano, présentées le 17 novembre 2005, disponibles sur le site : http://curia.europa.eu.
(236) CJCE 11 janvier 1990, *Sandoz c/ Commission*, Aff. C-277-87, Rec. 1990 p.1

avaient continué à se fournir régulièrement auprès de l'entreprise pharmaceutique en question » (237), la Commission se devait au contraire de rechercher que *« les distributeurs aient donné leur acquiescement à la mesure spécifique en question, que ce soit en amont, dans des clauses contractuelles [dans le cas où la mesure restrictive s'inscrit dans le cadre des relations contractuelles entre les parties], ou en aval, par des formes d'acquiescement plus ou moins explicites (en l'absence de tout rattachement possible de la mesure à un quelconque engagement contractuelle)* » (238).

159. — Afin de parvenir à faire triompher son point de vue, la Commission pouvait adopter deux démarches probatoires selon l'avocat général Tizzano :

- une démarche formaliste exigeant que la Commission démontre que le contrat de concession permettait à Volkswagen d'adopter des mesures du type de celles en cause,
- ou une démarche qualifiée de réaliste consistant à analyser le comportement concret des concessionnaires allemands à la suite de l'envoi des instructions quant au taux de remise à appliquer.

160. — Or la Commission a opéré un raccourci juridiquement inexact : elle s'est fondée « exclusivement sur l'existence d'un contrat de distribution sélective dont la souscription aurait impliqué l'acceptation a priori des mesures contestées, la requérante a fini par estimer que «la question de savoir si et dans quelle mesure les concessionnaires Volkswagen allemands [avaient] effectivement modifié la formation de leurs prix en fonction des circulaires et des mises en demeure [pouvait] être laissée en suspens» (point 68 de la décision attaquée), au même titre que la question de savoir s'ils avaient omis de contester les invitations litigieuses » (239).

161. — Il restait à la Commission la possibilité évoquée ci-dessus consistant à découvrir au sein du contrat de concession des dispositions constitutives d'une entente sur les prix. Selon l'avocat général Tizzano, ni l'article 2 du contrat de concession (240), ni l'article 8 de ce contrat (241) ne

(237) Conclusions de l'avocat général Tizzano, présentées le 17 novembre 2005, disponibles sur le site : http://curia.europa.eu, Point n°46.
(238) Conclusions de l'avocat général Tizzano, présentées le 17 novembre 2005, disponibles sur le site : http://curia.europa.eu, Point n°47.
(239) Conclusions de l'avocat général Tizzano, présentées le 17 novembre 2005, disponibles sur le site : http://curia.europa.eu, Point n°54.
(240) Article 2 du contrat de concession « *le concessionnaire s'engage 'à défendre les intérêts de [Volkswagen], de l'organisation de distribution Volkswagen et de la marque Volkswagen et d'en assurer la promotion par tous les moyens'. Il est également stipulé que 'le concessionnaire respectera, à cette fin, toutes les exigences propres à l'exécution du contrat en ce qui concerne la distribution d'automobiles Volkswagen neuves, l'approvisionnement en pièces détachées, le service après-vente, la promotion des ventes, la publicité et la formation, ainsi que la garantie du niveau technique des divers domaines des opérations de Volkswagen* ».

permettaient à la Commission de conclure à l'existence d'un comportement anticoncurrentiel. Ces deux dispositions contractuelles ne contenaient aucun élément contraignant quant à la politique de prix que devait adopter les concessionnaires. De telles constatations sont à l'origine de la conclusion de l'avocat général Tizzano dans cette affaire tendant à rejeter le pourvoi, il fut suivi en cela par la Cour de Justice, cette dernière ne rectifia qu'un détail d'interprétation du Tribunal de Première instance (242).

162. — **Appréciation juridique finale.** Ce retour à la rigueur juridique adopté tant par le Tribunal de Première instance, que par l'avocat général Tizzano est à saluer dans la mesure où « *il ne peut y avoir accord en droit de la concurrence sans la démonstration d'une volonté commune* » (243), cette démonstration étant « *un autre aspect de la modernisation du droit de la concurrence* » (244).

163. — En conclusion, l'attitude de la Commission, à la suite de ces arrêts Volkswagen et Bayer, devra être empreinte de pragmatisme et opérer une distinction selon qu'elle constate un accord de distribution ou non (245). Dans le cas où les parties ont organisé leurs relations au moyen d'un contrat, la Commission devra différencier les mesures qui découlent de l'application du contrat de distribution pour lesquelles l'adhésion du distributeur est présumée par son consentement antérieur du contrat. En revanche, dans l'hypothèse où la mesure considérée ne peut être rattachée au contrat de distribution, la Commission devra faire preuve d'une démarche probatoire stricte et démontrer l'acquiescement tacite de la mesure restrictive par le distributeur, et non plus raisonner à partir d'une présomption d'entente.

164. — Si les relations des parties s'inscrivent en dehors de tout contrat, l'existence de l'accord sera de la même façon établie rigoureusement par la Commission, elle devra faire la démonstration de

(241) Article 8 du contrat de concession : « *Volkswagen fait des recommandations de prix non contraignantes pour le prix final et les remises* ».
(242) En effet, le Tribunal avait conclu que « *des clauses d'un contrat de distribution conformes aux règles de la concurrence ne sauraient être considérées comme autorisant des invitations contraires à ces règles », autrement dit, il privilégiait une analyse « superficielle » de la licéité de l'objet de la clause, si en apparence la clause est licite en tant que telle, elle ne saurait avoir d'objet ou d'effet anticoncurrentiel. Pour la Cour, une telle démarche est source d'une erreur de droit des juges du TPI dans la mesure où ils ne pouvaient « s'abstenir d'examiner au cas par cas les clauses du contrat de concession en tenant compte, le cas échéant, de tous les autres facteurs pertinents, tels que les buts poursuivis par ce contrat à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel celui-ci a été conclu », ( ) cependant une telle carence « demeure sans conséquence sur le bien-fondé de la conclusion à laquelle le Tribunal est parvenu, selon laquelle les invitations litigieuses ne sauraient, en l'espèce, être qualifiées d'«accord» au sens de l'article 81, § 1 du Traité CE* » ( ). CJCE 13 juil. 2006, *Commission des Communautés Européennes c/ Volkswagen AG*, Aff. C-74/04. – Gaz. Pal. du 1er au 04 novembre 2006, p.13, obs. T. JANSSENS et J. PHILIPPE.
(243) RJDA 6/04, 603, note J.-M. COT.
(244) RJDA 6/04, 603, note J.-M. COT.
(245) Revue des contrats 2004, n°2, p.289, note L. IDOT.

l'offre du maître de réseau et de l'acceptation du distributeur. Plus récemment, l'OCDE est venue préciser cette question de l'adhésion à l'accord en l'absence de preuve directe (246), le Secrétariat de l'organisation a tout d'abord dresser un bilan quant aux types de preuve à disposition des autorités de concurrence lorsque elles tentent de démontrer l'existence d'un cartel :

- les preuves directes contenant les éléments essentiels de la collusion,
- les preuves indirectes, et notamment l'échange de correspondance,
- les pratiques facilitant l'établissement du cartel et sa pérennité, consistant fréquemment en échanges d'information,
- et enfin, par les preuves dites « *économiques* » qui se caractérisent par des comportements parallèles en matière de prix ne s'expliquant pas par le fonctionnement et par la seule structure du marché.

165. — Il ressort finalement des diverses discussions que les divergences d'opinions persistent entre les représentants des autorités de concurrence et des entreprises. En effet, pour les premiers une approche « *holistique* » consistant en une sanction à la seule vue de preuves indirectes, appréciées de façon globale en considérant leur effet cumulatif devait être privilégiée (247), alors que les seconds s'opposent à toute possibilité de condamnation fondée uniquement sur la constatation de preuves indirectes, ils considèrent que les montants des sanctions auxquelles s'exposent les entreprises justifient une démarche probatoire rigoriste.

166. — **Accord et Conseil de la Concurrence.** En droit interne, la qualification d'accord a suscité les mêmes écueils de la part des juridictions chargées d'appliquer le droit de la concurrence. L'on peut citer à titre

(246) Table Ronde de l'OCDE sur les poursuites contre les ententes sans preuve directe d'un accord, 03 février 2006, n° DAF/COMP/GF/WD(2006)39 ; disponible sur le site : http://www.oecd.org.

(247) Méthode privilégiée par le Conseil de la concurrence, Cf. la décision citée au cours de ces débats de l'OCDE : Déc. n° 05-D-38 du 05 juil. 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du transport public urbain de voyageurs (disponible sur le site : http://www.conseil-concurrence.fr) : « *En l'absence de preuves directes, le Conseil a par ailleurs utilisé la technique du «classique » du faisceau d'indices graves, précis et concordants […] le Conseil s'est appuyé notamment sur des notes manuscrites des dirigeants de sociétés […] et sur des notes internes […permettant…] d'établir que les entreprises coordonnaient leur comportements au plan local et au plan national et qu'il y avait bien une surveillance du marché par la possibilité d'exercer des représailles à l'encontre de celui qui ne respecte pas la règle de « chacun chez soi* ». ». Extraits Table Ronde de l'OCDE sur les poursuites contre les ententes sans preuve directe d'un accord, 03 février 2006, n° DAF/COMP/GF/WD(2006)39.

d'exemple, la décision du Conseil de la concurrence concernant quatre compagnies pétrolières pour entente sur les prix dans les stations services d'autoroute (248). Le Conseil avait sanctionné, sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce, un parallélisme de comportement dans la fixation des prix de vente d'hydrocarbures par des exploitants de stations-service, appartenant à des réseaux de distribution concurrents, car ils s'informaient les uns les autres sur leur tarif et faisaient ainsi « *obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, en favorisant artificiellement leur hausse* » (249). La Cour d'appel de Paris annula la décision en relevant d'abord que « *l'alignement des prix [n'était] ni systématique ni parfait* » (250) et qu'ensuite cet alignement n'était qu'une conséquence directe de la transparence du marché. Selon elle, « *les échanges d'informations avaient non pas conditionné mais simplement favorisé l'application de prix concurrentiels dans les relations inter-marques* » (251), ainsi « *la veille tarifaire entre réseaux peut être ainsi considérée comme un accélérateur de concurrence et non comme un frein à la concurrence* » (252). Pour autant, un tel état jurisprudentiel est évolutif, ainsi le Conseil de la concurrence par une série de décisions rendues au cours des années 2004 et 2005 a pu susciter un certain doute quant à la position qu'il souhaitait adopter. Il s'agissait effectivement de savoir si la notion d'accord telle que nouvellement définie par le Juge communautaire devait être reprise en droit interne. Plusieurs affaires récentes permettent de définir, plus ou moins précisément, cette position (253).

167. — **SARL Avantage.** Ainsi dans l'affaire concernant la société *SARL Avant age* (254), cette société avait été « *commercialement* » sanctionnée par la société Sony, son fournisseur, pour avoir pratiqué des prix s'éloignant fortement de la grille tarifaire mise en place. Le Conseil a qualifié ce comportement d'entente en raison des éléments suivants :

(248) Cons. Conc. 31 mars 2003, n° 03-D-17, BOCCRF, 8 octobre 2003. La question particulière de l'échange d'informations entre entreprises a fait l'objet d'une analyse pertinente de la part de M. CHONÉ : *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, Revue Lamy Droit de la Concurrence, 2008, n°14.

(249) Cons. Conc. 31 mars 2003, n° 03-D-17, BOCCRF, 8 octobre 2003.

(250) CA Paris, 9 décembre 2003, BOCCRF, 12 mars 2003 ; Revue Lamy Droit des affaires - 2004 - n°68

(251) CA Paris, 9 décembre 2003, BOCCRF, 12 mars 2003 ; Revue Lamy Droit des affaires - 2004 - n°68.

(252) D. FERRIER, Concurrence- Distribution : panorama 2004 ; D. 2005, Somm. p.148.

(253) Arrêts stigmatisés par V. CADORET et G. Z AMBRANO: *Accord et désaccords : vers l'abandon de la jurisprudence Bayer/Volkswagen AG ?*, in L'actualité du Droit de la Consommation, 2007/16, Doc Centre de droit de la consommation et du marché, Université de Montpellier I.

(254) Cons. Conc. 05 décembre 2005, 05-D-66, *SARL Avantage*. Rappelons que cette décision a été confirmée pour l'essentiel par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 19 juin 2007, 1ère Chambre, Section H, RG n°2006/00628) et cassée par Com. 03 juin 2008, n°07-17147 et 07-17196 **(**Cassation sur un motif procédural).

168. — la communication de prix de détail « *conseillés* » aux grossistes et aux détaillants,

169. — l'alignement constaté des prix de vente d'un certain nombre de produits chez l'ensemble des distributeurs des marques concernées,

170. — l'existence de mécanismes de surveillance et de contrôle des prix de détail.

171. — Et enfin, en ce qui concerne Philips et Sony, l'existence de contrats de coopération entre leurs revendeurs, procurant aux fabricants le contrôle de leur politique de publicité et de leur politique de prix.

172. — **Buena Vista Home Entertainment.** Dans la seconde affaire (255), il était reproché à la société BVHE (Buena Vista Home Entertainment), distributeur exclusif des vidéocassettes Disney pour la France, aux distributeurs Casino et Carrefour, ainsi qu'au grossiste SDO de s'être entendus sur le prix de vente au consommateur entre 1995 et 1998. Le Conseil contrôla la politique de prix de vente au détail entre BVHE et les distributeurs, l'application de cette politique par les distributeurs. Il vérifia en parallèle la réalité des remises conditionnelles et des marges arrière, et enfin rechercha si une surveillance des prix avait été mise en place. L'étude de l'ensemble de ces points permit d'établir la réalité de l'entente.

173. — **Secteur de la parfumerie de luxe.** Enfin, la dernière affaire significative reste celle relative aux treize sociétés exploitant des marques de parfums et cosmétiques de luxe ainsi que trois chaînes nationales de distribution qui ont été sanctionnées par le Conseil, à hauteur de 45,4 millions d'euros au total, pour des pratiques d'entente verticale sur des prix indicatifs fonctionnant comme des prix imposés (256). A l'instar de la méthode utilisée dans l'affaire *SARL Avantage*, le Conseil avait mis en exergue la politique de prix de vente publics et de taux de remise maximums diffusé par le fournisseur à ses distributeurs, le système de contrôle des prix effectif, et enfin, l'application significative au détail des prix conseillés par les distributeurs. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de la part de certains fournisseurs reprochant au Conseil l'absence de preuve individualisée de l'acquiescement de chaque distributeur au système mis en place. La Cour répond sur ce point de la façon suivante : « *l'insertion de pratiques anticoncurrentielles dans un ensemble de relations commerciales continues* (...) *autorise le Conseil à retenir l'entente verticale à l'encontre de chaque fournisseur condamné sans qu'il y ait besoin de rapporter la preuve individualisée d'un acquiescement de chacun de ses distributeurs aux pratiques dénoncées, dès lors que ces*

(255) Cons. Conc. 20 décembre 2005, n° 05-D-70, *BVHE*
(256) Cons. Conc. 13 mars 2006, n° 06-D-04 ; Revue Lamy Droit des affaires, 2006 -n°5, obs. M DUMARCAY.

derniers ne sont pas sanctionnés par la décision » (257). S'il est vrai que cette décision « *sonne comme une décision de principe* » (258), il faut cependant rappeler que la décision a été reformée en ce qui concerne les amendes infligées dans d'importantes proportions (10 % à 78 %) et fait l'objet d'un pourvoi en cassation. La position de notre droit reste donc à préciser…

174. — **Conclusions.** Certains projettent à ce titre la prochaine réaction de la Commission qui pourrait être « d'orienter ses poursuites sur le fondement de l'article 82 du Traité CE pour autant que les entreprises en cause détiennent une position dominante sur le marché » (259). En revanche, une telle jurisprudence rigoureuse de la Cour de Justice amorce-t-elle pour autant un certain laxisme dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles au sein de l'Union européenne ? L'on conclura partiellement sur la notion d'accord en se rangeant derrière l'analyse de M. E. Chevrier, il a pu affirmer « qu'à l'analyse inductive de la Commission, qui, partant du dysfonctionnement du marché (objet du contrôle), en induit, quelquefois artificiellement, une concertation, la CJCE et le TPI opposent une analyse déductive qui s'attache d'abord à la concertation, rigoureusement démontrée, pour rechercher ensuite si une perturbation du marché justifie leur intervention (260) ». L'on opposera à un tel pragmatisme que même si l'analyse de la Cour demeure juridiquement exacte, un doute subsiste quant à son efficacité économique et concurrentielle.

4°) La notion d'accord et l'affaire OPEL NEDERLAND

175. — **Condamnation de la pratique.** En ce qui concerne l'affaire Opel Nederland, la Commission a affirmé que ces mesures devaient être qualifiées d'accord poursuivant le même but ; à savoir celui de réduire ou d'empêcher les exportations, et que ces accords sont devenus partie intégrante des contrats de concession conclus entre Opel et ses distributeurs (261).La société Opel Nederland BV fonda principalement son

(257) CA Paris, 26 juin 2007, 1re ch., n°RG 2006/07821, *Guerlain e.a.* ; Revue Lamy de la concurrence 2007, n°13, obs. S. CHOLET.
(258) V. CADORET et G. Z AMBRANO: *Accord et désaccords : vers l'abandon de la jurisprudence Bayer/Volkswagen AG ?*, in L'actualité du Droit de la Consommation, 2007/16, Doc Centre de droit de la consommation et du marché, Université de Montpellier I.
(259) J.-C. et C. GRALL, *La notion d'accord au sens de l'article 81, § 1 du Traité CE, après l'arrêt Bayer*, Lamy droit économique, février 2004 p.1 et s.
(260) E. CHEVRIER, *Entente et concours de volonté. De la dénaturation à l'harmonie* ; D. 2004, Somm., p.1970.
(261) Décision de la Commission des Communautés européennes du 20 septembre 2000 relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE, JOCE, L59/1, du 28 février 2001, Point n° 103 : « *Bien que la stratégie générale mise en œuvre par Opel Nederland BV (voir Points 17, 19 et 20) n'ait pas, en soi, été convenue entre l'importateur et les concessionnaires, elle n'en n'est pas moins apparue comme une partie intégrante des accords de distribution conclus entre ces entreprises, comme le montrent les diverses mesures prises par Opel Nederland BV. Ces mesures ont pris la forme d'accords concernant l'approvisionnement limité des concessionnaires, d'une politique restrictive en matière de*

recours devant le TPI sur l'absence de preuve des éléments constitutifs de l'infraction, le Tribunal rendit son arrêt le 21 octobre 2003 (262).

176. — **Appréciation du TPI.** Par son premier moyen, la société Opel a contesté tout d'abord le fait qu'elle aurait mis en place une politique générale visant à restreindre l'ensemble des exportations. La Commission se basait sur le compte rendu d'une réunion organisée par la requérante au terme de laquelle les dirigeants du groupe mettaient en place diverses mesures afin de limiter les ventes hors réseau. Le Tribunal a relevé à ce propos que «*dans le libellé du compte rendu, aucune distinction n' [était] établie entre les exportations conformes et celles contraires aux contrats de concession. Les mesures prises [visaient], selon ce libellé, toutes les exportations. La thèse des requérantes, selon laquelle Opel Nederland [avait] seulement cherché à restreindre les exportations non conformes aux contrats de concession, n' [était] reflétée en aucune manière dans les termes du compte rendu*» (263).

177. — Il s'agissait ensuite pour la société Opel de démontrer que la mesure restreignant les approvisionnements ne pouvait être qualifiée d'accord puisque les concessionnaires n'auraient pas adhéré explicitement à cette mesure. Cet argument est accepté par la Tribunal qui reproche à la Commission de ne pas avoir apporté la preuve de la communication aux concessionnaires d'une politique d'approvisionnement restrictive. D'autre part, le TPI estime que ces mesures ne sont pas rentrées dans le champ contractuel comme semblait le penser la Commission.

178. — Or depuis les arrêts Bayer et Volkswagen, la Commission doit s'astreindre à établir une double preuve ; à savoir celle de l'existence de l'accord et son acceptation tacite ou expresse de la part des deux parties, autrement dit la mesure doit être rentrée dans le champ contractuel organisant les relations des parties. Il est vrai que la preuve de l'entrée dans le " *champ contractuel* " est plus facile à prouver si la décision du fabricant s'insère dans les relations conventionnelles existant entre les parties.

179. — De la même manière, la société requérante contestait le fait que la politique de primes limitant celles-ci aux ventes effectuées dans le territoire contractuel résulterait d'un accord, puisque, selon la Commission les concessionnaires auraient continué à participer à la politique de primes malgré son caractère discriminatoire. Elle invoque au soutien de son

---

primes, appliquée au travers de plusieurs campagnes de ventes intégrées au contrat de concession, ainsi que de mises en garde et d'injonctions directes mettant en œuvre l'interdiction d'exporter adressées à plusieurs concessionnaires. Toutes ces mesures poursuivaient le même but, celui de réduire et/ou d'empêcher les exportations, et sont devenues partie intégrante des accords de distribution conclus entre Opel Nederland BV et ses concessionnaires ».

(262) TPI 21 octobre 2003, *Opel Nederland BV*, Aff. T-368/00, Rec. p.II-4491; JCP éd. E 2004, n°44, 1599, obs. G.PARLÉANI.

(263) TPI 21 octobre 2003, *Opel Nederland BV*, Aff. T-368/00, Rec. p.II-4491, Point n° 46 et 47.

argumentation l'arrêt Bayer/Commission (264) dans lequel le Tribunal avait affirmé que *« la Commission avait méconnu la notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique, qu'il met en œuvre unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement est de facto contraire à ladite politique ».*

180. — Cependant en qui concerne les primes, le Tribunal ne suit pas l'argumentation de la société Opel, en effet du fait que les primes ont été traitées de façon à exclure les ventes à l'exportation ces nouvelles conditions sont devenues parties intégrantes du contrat de concession, elles se sont insérées dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli (265).

181. — Enfin, le Tribunal ne retient pas compte de l'argument selon lequel la fin des exportations licites serait une mesure unilatérale prise par les concessionnaires de leur propre initiative, la société Opel avançait que les audits réalisés au sein des locaux des concessionnaires ne pouvaient constituer un moyen de pression et qu'elle n'avait jamais ordonné aux concessionnaires de cesser toute exportation. Or le Tribunal retient la solution contraire ; c'est par l'incitation d'Opel entourée de menaces que les concessionnaires ont cessé les exportations, cette mesure peut valablement être qualifiée d'accord anticoncurrentiel au sens de l'article 81 §1 du Traité.

182. — Le 06 avril 2006, la Cour de Justice a intégralement confirmé l'arrêt du TPI dans toutes ses dispositions (266).

---

(264) TPI 26 octobre 2000, *Bayer AG c/ Commission*, Aff. T-41/96, Rec., p.3383.

(265) Le Tribunal estime que l'objectif de la mesure était restrictif en soi puisque « *les primes n'étant plus accordées pour les ventes à l'exportation, la marge de manœuvre économique dont disposent les concessionnaires pour effectuer de telles ventes se trouve réduite par rapport à celle dont ils disposent pour effectuer des ventes nationales. En effet, les concessionnaires sont contraints soit d'appliquer des conditions moins favorables aux clients étrangers qu'aux clients nationaux, soit de se contenter d'une marge inférieure en cas de ventes à l'exportation. En supprimant les primes pour les ventes à l'exportation, ces dernières devenaient moins intéressantes pour les clients étrangers ou pour les concessionnaires. La mesure était donc, par sa nature même, susceptible d'influencer négativement les ventes à l'exportation, même en l'absence de limitation d'approvisionnement ».*

De plus, il ressort de l'appréciation du premier moyen que les mesures adoptées par la direction d'Opel Nederland ont été provoquées par l'augmentation des ventes à l'exportation et visaient la réduction de celles-ci.

Eu égard tant à la nature de la mesure qu'aux buts poursuivis par elle, et à la lumière du contexte économique dans lequel elle devait être appliquée, il y a lieu de considérer que, conformément à une jurisprudence constante, celle-ci constitue un accord ayant comme objet la restriction de la concurrence (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 1er février 1978, Miller/Commission, 19/77, Rec. p.131, point 7; du 8 novembre 1983, IAZ International Belgium e.a./Commission, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p.3369, points 23 à 25, et arrêt du 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink/Commission, [29/83 et 30/83, Rec. p.1679,] point 26)» (Considérants n°100 et suivants de l'arrêt).

(266) CJCE 06 avril 2006, *General Motors BV (anciennement General Motors Nederland BV et Opel Nederland BV) / Commission des Communautés européennes*, Aff. n°C-551/03. – Europe 2006, comm. n° 193, obs. L. IDOT.

PARAGRAPHE 2 : UN ACCORD ENTRE ENTREPRISES

183. — **Principe.** L'application de l'article 81, §1 du Traité, devenu l'article 101, est enfermée dans des limites précises fixées par le législateur communautaire, ce constat cède cependant lorsqu'on envisage le champ d'application matériel du droit communautaires de la concurrence dans la mesure où par principe aucun secteur économique n'y échappe, de la même façon le champ d'application *ratione loci* est peu sujet à contentieux dès lors que tous les Etats membres appliquent le droit de la concurrence d'origine communautaire.

184. — En revanche, lorsqu'il est question du champ d'application *ratione personae* les limites évoquées ci-dessus trouvent pleine application. En effet, les ententes évoquées au sein de l'article 101, §1 du Traité CE résultent « *d'accords entre entreprises* », de « *décisions d'associations d'entreprises* » et de « *pratiques concertées* ». Il est donc primordial de définir précisément ce que recouvre cette notion d'entreprise (267). Or « *cette entreprise* » est loin d'être aisée tant la notion est polysémique (268) et a

(267) Parmi une littérature abondante : B. MERCADEL, *La notion d'entreprise*, in Mélanges Derruppé, Litec, 1991, p.9 - J. PAGES, *De l'irréductible et incontournable entreprise, in Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p.79 - CH. BOLZE, *La notion d'entreprise en droit communautaire*, RJ com. 1987, n° spécial, p.65 – L. IDOT, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel, in L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche 2003, p.523 – T LAMARCHE, *La notion d'entreprise*; RTD. com. 2006, p.709. M. Le Professeur LAMARCHE évoque notamment la polysémie de la notion, qui tient selon lui à deux difficultés majeures :
« *Tout d'abord, chacune des dispositions légales ou réglementaires qui s'y réfèrent ne la saisit que sous certains de ses aspects seulement, sans en percevoir les autres et l'appréhender dans sa globalité. Par exemple, [...] le droit de la concurrence d'entreprise [ne conçoit pas d'entreprise] sans activité marchande. [...] Ainsi, à l'analyse de ces dispositions, certains auteurs pourront dire d'elle qu'elle est une entité économique, alors que d'autres la comprendront comme un bien, et que d'autres encore l'appréhenderont comme une organisation humaine* ».
Ensuite, le concept s'applique à des situations très variées. L'entreprise désigne des réalités bien différentes, allant de celle du petit commerçant, du travailleur indépendant, ou du petit producteur travaillant seul, à celle du grand groupe industriel international [....] ».
(268) Cette polysémie de la notion tient, selon M. Le Professeur LAMARCHE, à deux difficultés majeures :
« *Tout d'abord, chacune des dispositions légales ou réglementaires qui s'y réfèrent ne la saisit que sous certains de ses aspects seulement, sans en percevoir les autres et l'appréhender dans sa globalité. Par exemple, [...] le droit de la concurrence d'entreprise [ne conçoit pas d'entreprise] sans activité marchande. [...] Ainsi, à l'analyse de ces dispositions, certains auteurs pourront dire d'elle qu'elle est une entité économique, alors que d'autres la comprendront comme un bien, et que d'autres encore l'appréhenderont comme une organisation humaine.*
Ensuite, le concept s'applique à des situations très variées. L'entreprise désigne des réalités bien différentes, allant de celle du petit commerçant, du travailleur indépendant, ou du petit producteur travaillant seul, à celle du grand groupe industriel international [....] » (T LAMARCHE, *La notion d'entreprise*; RTD. com. 2006, p.709, n°4).

même fait renoncer certains (269), la jurisprudence s'est alors chargée d'en dresser les contours. Les pratiques de la société Mercedes Benz sont l'occasion pour la Commission européenne de rejeter l'argumentation fondée sur le défaut d'entité économique (B), cette société considérant que l'on ne pouvait constater l'existence d'un accord entre entreprises au sens de l'article 101, §1 du Traité CE (A).

A. L'APPLICABILITE DE L'ARTICLE 101, §1 AUX AGENTS COMMERCIAUX

185. — Aux termes d'une évolution jurisprudentielle aujourd'hui fixée, la notion d'entreprise doit être envisagée à partir d'un critère fonctionnel (1) et d'un critère organique (2).

1°) Le critère fonctionnel : l'exercice d'une activité économique

186. — **Principe.** L'arrêt de référence en la matière est celui de la Cour de Justices des Communautés en date du 23 avril 1991, la Cour a énoncé que « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement*» (270), plus précisément l'activité économique a été définie comme « *le fait d'offrir des biens et des services sur un marché donné* » (271). Cette appréciation large de la notion d'activité a ainsi permis au juge communautaire de soumettre au droit de la concurrence de nombreuses activités (272).La Commission est venue préciser qu'une activité de nature économique est « *une activité, à but lucratif ou non, qui implique*

(269) Par exemple, M. P.LE CANNU a affirmé que « *l'entreprise n'était pas un concept juridique, mais un concept économique* » (LPA du 14 mai 1986, p.20), alors que d'autres auteurs ont renoncé à la construction d'une définition globale (Y. LAMBERT–FAIVRE, *L'entreprise et ses formes juridiques*, RTD. com. 1988, p.907 s., spéc. p.947 - G. et A. LYON-CAEN, *Dix ans de droits de l'entreprise*, LPA du 14 mai 1986, p.19 - D. VIDAL, Une *analyse juridique de l'entreprise*, ibid., 9 juil. 1986, p.23 - E. ALFANDARI, *La non-reconnaissance de l'entreprise par le droit*, Droit des affaires, Litec, 1993, n° 218, p.166).
(270) CJCE 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, Aff. C-41/90, Rec. CJCE I, p.1979; RTD. com. 1991, p.512 et s. obs. C. BOLZE ; D. 1991, IR, p.155.
(271) CJCE 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, Aff. C-118/85, Rec. CJCE p.I-2599.
(272) CJCE 23 avril 1991 et 11 décembre 1997 et CJCE 8 juin 2000, *Carra*, Aff. C-258/98, Rec. CJCE p.I-4217 – RTD com. 2000, p.1051, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO - D. 2001, Somm. p.3159, obs. Y. ROUSSEAU - RSC 2001, p.217, obs. L. IDOT (activité de placement de main d'œuvre par un office public) - CJCE 9 avril 1987, *Basset c/ Sacem*, Aff. C-22/79, Rec. CJCE p.3275 (gestion des droits d'auteurs) - CJCE 18 juin 1998, *Commission c/ Italie*, Aff. C-35/96, Rec. CJCE p.I-7119 ; RTD com. 1998, p.984, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO (activité d'expéditeur en douanes) - Comm. CE, 20 juil. 1999, Coupe du monde de football 1998, n° 2000/12/CE ; JOCE 2000 L 5 (vente et répartition de billets d'entrée pour une manifestation sportive).

des échanges économiques » (273). En revanche, le fait qu'une entité économique n'entend pas poursuivre un but lucratif n'écarte pas *de facto* la qualification d'entreprise, cette dernière qualification sera retenue dans le cas où l'activité donne lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer (274).

187. — **Définition retenue.** Plus largement, nous nous rangeons derrière l'analyse de M. Lamarche, à savoir que « l'activité économique ne doit pas être définie ni à partir de sa finalité, ni en fonction de la personne qui la réalise, mais par son contenu. Une activité de production, de distribution, ou qui conduit à faire circuler des richesses, en utilisant parfois un matériel évaluable financièrement ou les services d'un personnel rémunéré, sans pour autant que cela ne soit une condition nécessaire, présente intrinsèquement un caractère économique » (275).

2°) Le critère organique : l'exercice d'une activité économique dans des conditions d'unité et d'autonomie

188. — **Un pouvoir décisionnel autonome.** Un principe général du droit veut que l'on ne peut se voir imposer des droits et obligations que dans le cas où l'on bénéficie de la capacité juridique (au sens général du terme, et non pas au regard de sa seule dimension de droit civil). En droit communautaire de la concurrence, la conséquence directe de l'application d'un tel principe est que l'entité considérée doit être dotée d'une autonomie de décision suffisante pour déterminer son comportement sur le marché, elle doit être titulaire d'un pouvoir décisionnel propre.

189. — Pour la Cour de justice, la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant « une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales » (276), ainsi dans le cas où la Commission entend sanctionner une entente entre deux entreprises et qu'il est constaté que ces deux sociétés ont un

(273) Comm. CE, 20 juil. 1999, *Coupe du monde de football 1998*, n° 2000/12/CE ; JOCE 2000 L 5 (vente et répartition de billets d'entrée pour une manifestation sportive). Il s'agissait alors de savoir si le Comité français d'organisation de la Coupe du monde de football, crée par la Fédération française de football constituait une entreprise.
(274) CJCE 16 novembre 1995, *FFSA*, Aff. C-244/94, Rec. I-4013 - D. 1996, Jur. p.317, note M.-C. BERGERES - CJCE 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, Aff. jointes C-159/91 et C-160/91, Rec. p.I-637- RTD. com. 1993, p.429, obs. C. BOLZE- CJCE 21 septembre 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV*, Aff. C-67/96, aff. jointes C-115/97 à C-117/97, Rec. CJCE p.I-6025 – RTD. com. 2000, p.491, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO - D. 1999, IR p.257- CJCE 12 septembre 2000, *Pavlov c/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, aff. jointes C-180/98 à C-184/98, Rec. CJCE p.I-6451, pt 74 – RTD. com. 2001, p.537 et p.543, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.
(275) T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*; RTD. com. 2006, p.709 et s., n°27.
(276) CJCE 12 juil. 1984, *Société Hydrotherm*, Aff. 170/83, Rec. p.2999 ; TPI 14 mai 1998, *Mo och Domsjö AB*, Aff. T-352/94, Rec. p.1989.

intérêt identique et sont contrôlées par la même personne physique, elles ne seront pas considérées comme deux entreprises autonomes, il ne pourra en principe leur être reproché aucun comportement anticoncurrentiel réprimé par l'article 101,§1 du Traité CE. En revanche, le lien filiale/société mère peut avoir pour conséquence la mise en cause de la responsabilité de la société mère face aux agissements anticoncurrentiels de sa filiale alors même qu'elle n'a pas participé à l'infraction. Cette présomption de responsabilité réfragable a de nouveau été consacrée par la Cour de justice au sein d'un arrêt du 10 septembre 2009 (277), elle repose alors sur le fait qu'il s'agit alors d'une seule et unique entreprise et une constatation davantage économique que juridique selon laquelle cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère.

190. — En guise de conclusion sur ce point, nous pouvons retenir ici encore la synthèse opérée par M. Lamarche retenant que « *l'entreprise est un centre autonome de décision exerçant une activité de nature économique.* », de plus selon l'auteur « [...] *les entreprises concernées par les règles de concurrence devront en outre, par hypothèse, exercer une activité économique placée en secteur concurrentiel [...]* » (278).

191. — **Autonomie et agents commerciaux.** Une telle exigence d'autonomie est alors venue contrarier le travail d'enquête de la Commission lorsqu'il s'agissait de réprimer un comportement anticoncurrentiel constaté entre une entreprise et ses agents commerciaux. Dans un premier temps, le droit communautaire n'a pas sanctionné automatiquement ces comportements dans la mesure où l'agent considéré, malgré son indépendance juridique apparente, est totalement intégré économiquement à l'entreprise qui l'a mandaté (279).

192. — **Définition de l'agence commerciale.** Les lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 (280) faisant suite à l'adoption du règlement d'exception sur les accords verticaux (281) définissent les contrats d'agence comme les contrats dans lesquels une personne physique ou morale est investie du pouvoir de négocier et conclure des contrats au nom et/ou pour le compte d'une autre personne

(277) CJCE 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV e.a. c/ Commission*, aff. C-97/08 P ; Europe 2009, n°427, obs. L. IDOT – Rev. UE du 1er octobre 2009, p.559-565, note. R GALANTE.
(278) T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*; RTD. com. 2006, p.709 et s., n°38 et s.
(279) Comm. CE 2 janvier 1973, *Industrie européenne du sucre*, aff. n°73/109 ; JOCE 26 mai, n°L140, p.17, et CJCE 15 décembre 1975, *Industrie européenne du sucre*, Aff. jointes 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. CJCE p.563.
(280) Communication de la Commission, du 13 octobre 2000 : lignes directrices sur les restrictions verticales [COM (2000/C 291/01). JOCE, C291 du 13.10.2000].
(281) Règlement CE n° 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées [JOCE L 336 du 29.12.1999].

en vue de l'achat ou de la vente de biens, ou en vue de l'utilisation ou de la prestation de service. Le critère d'application de l'article 101, §1 du Traité est alors l'existence ou non d'un risque commercial et financier supporté par l'agent en ce qui concerne les contrats qu'il conclut en vertu de son mandat : s'il supporte un risque, c'est une activité économique et il y a donc accord entre entreprises. Les lignes directrices indiquent les éléments à prendre en compte pour déterminer si l'agent supporte ou non le risque notamment la participation aux coûts de fourniture, la tenue à ses risques des stocks, l'organisation d'un réseau de distribution, la création et l'exploitation d'un service de vente, d'après-vente, de garantie, la responsabilité en cas de non-paiement. Le choix opéré par la jurisprudence européenne d'écarter du champ d'application de l'article 101, §1 du Traité CE les agents commerciaux aux motifs qu'ils ne seraient pas économiquement indépendant de l'entreprise à laquelle ils sont rattachés a pu susciter diverses critiques (282). D'autres ont pu encore reprocher au juge communautaire une appréciation juridique incomplète et ceci notamment dans l'affaire dite des « *transbordeurs grecs* » (283), dès lors que le Tribunal a décidé que d'une point de vue procédural l'agent était une entité à part entière, ce qui autorisait alors diverses vérifications dans ses locaux professionnels, mais n'a pas condamné le comportement de l'agent sur le fond en considérant que le comportement anticoncurrentiel devait être imputé au commettant !

B. L'APPLICATION RETENUE DANS L'ARRET MERCEDES BENZ

193. — **Qualification retenue par la Commission.** La distribution des véhicules de la marque Mercedes Benz était assurée, pour partie, par des agents « *Mercedes Benz* », la défenderesse opposait donc à la Commission le défaut d'entité économique de ses agents afin d'écarter l'application de l'article 101, §1 du Traité CE; l'existence d'un accord entre entreprises ne pouvant être constaté. Elle affirmait notamment que « *l'agent n'assume aucun des risques contractuels liés à la vente de voitures neuves, comme le risque de marché, de transport, de tenue de stock, de prix, de garantie ou de perte d'exploitation. Si les agents accordent des avantages aux clients en se servant de leur commission ou en surpayant les reprises de véhicules d'occasion, ils le font dans le cadre de la liberté qui leur est accordée de disposer de leur commission à leur guise* » (284).

(282) R. KOVAR, *Les contrats d'agence et l'article 85 du Traité de la CEE*, Cah. dr. entr. 1989, nº 6, p.1 et 5.
(283) TPI 11 décembre 2003, aff. T-66/99, *Minoan Lines*, Europe 2004, nº 52, obs. L. IDOT.
(284) Comm. CE 10 octobre 2001, *Mercedes Benz* ; Aff. n 2002/758/CE; JOCE 25 septembre 2002, n°L 257, p.1, Europe 2002, n377, obs. L. IDOT - Contrats, concurrence,

194. — La Commission ne se rangea pas derrière une telle analyse en se fondant sur le mode de rémunération de l'agent, il partage selon elle le « *risque de prix* » avec l'entreprise Daimler Chrysler (285) :

- Le fournisseur donne son accord aux remises consenties
- Les réductions de prix consenties par l'agent s'imputent sur sa commission finale.

195. — Finalement, les règles de rémunération de l'agent l'assimilent sur le plan économique au distributeur intégré de véhicules. De la même façon, l'agent doit assumer les risques de transport et de livraison des véhicules, de promotions des ventes, assurer toutes les obligations de services après-vente (286). Ces diverses considérations factuelles tirées du contrat d'agence commerciale ont amené la Commission à conclure que « *ces dispositions des contrats d'agence allemands avec celles des contrats de concession étrangers montrent que les obligations imposées aux agents allemands sont identiques à celles qui sont imposées aux distributeurs contractuels étrangers et que ces deux types de distribution sont aussi fortement «intégrées» l'une que l'autre dans le système de distribution de Mercedes-Benz* » (point n° 165 de la décision).

196. — **L'absence d'autonomie retenue par le TPI.** La société Daimler Chrysler a introduit un recours devant le TPI (287) visant à annuler la décision de la Commission intervenue le 10 octobre 2001. Elle entendait convaincre le Tribunal de ce que les agents ne supportaient aucun des risques liés à la vente de véhicules, étaient entièrement intégrés dans l'entreprise Mercedes-Benz et enfin se comportaient juridiquement à l'égard de celle-ci comme des salariés. Ils rempliraient donc les conditions formulées par la Cour dans sa jurisprudence constante relative à l'inapplicabilité de l'interdiction des ententes aux contrats d'agence commerciale. Ils ne supporteraient que le risque lié à leur activité d'intermédiaire.

197. — **Conditions d'indépendance.** Aux termes d'une jurisprudence constante de la Cour de Justices de Communautés

---

consommation 2002, Comm. n°161, obs. M. MALAURIE-VIGNAL. Plus précisèment, point n° 154 de la décision.

(285) Comm. CE 10 octobre 2001, *Mercedes Benz* ; Aff. n 2002/758/CE; JOCE 25 septembre 2002, n°L 257, p.1, Europe 2002, n377, obs. L. IDOT - Contrats, concurrence, consommation 2002, Comm. n°161, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

(286) Sur ce dernier point la Commission avait anticipé sur l'entrée en vigueur du Règlement n° 1400/2002, en effet ce dernier interdit désormais au fournisseur d'imposer à ses divers distributeurs l'obligation d'assurer un service après-vente.

(287) TPI 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler c/ Commission européenne* ; JOCE 25 septembre 2002, n° L. 257/1 – Revue des contrats 2006, n° 2, p.555, note Ch. BOURGEON – Europe 2005, Comm. n° 391, obs. L. IDOT.

Européennes (288), il est admis, selon l'argumentation de la requérante, que deux conditions cumulatives doivent être réunies pour rejeter l'application de l'article 101, §1 du Traité CE :

- l'intégration de l'agent commercial dans le réseau de vente du constructeur
- et l'accomplissement de son activité d'intermédiaire et de représentant pour le compte exclusif du mandant sans que soit mis à charge une partie trop importante des risques financiers et commerciaux.

198. — En l'espèce, la démonstration de l'intégration de l'agent à l'entreprise Daimler Chrysler supposait que celui-ci n'assume pas les risques commerciaux d'un distributeur indépendant, il ne devait prendre à sa charge que les risques liés à sa propre commission et ceux découlant de l'activité de démarchage. De la même manière, la Commission ne pouvait reprocher à la société Daimler Chrysler d'imposer à ses agents d'effectuer des travaux de garantie portant sur les véhicules automobiles livrés par Daimler-Benz, quels que soient leur lieu de vente, cela constituait en effet une condition préalable à l'exemption en application de l'article 5, paragraphe 1, sous a), du règlement n°1475/1995 (289). A l'inverse, dans le cas où la requérante n'aurait pas imposé une obligation de garantie en conséquence à ses agents, la Commission en aurait vraisemblablement tiré l'argument que les contrats d'agence ne remplissaient pas les conditions du règlement nº 1475/1995.

199. — La Commission prétendait que « compte tenu de la nature et de l'ampleur des coûts et des risques que la requérante impose à ses agents ainsi que de l'importance du chiffre d'affaires réalisé par l'agent grâce à son activité d'indépendant comparé à celui qu'il réalise en tant qu'intermédiaire dans la vente de voitures neuves, l'article 81, paragraphe 1, CE s'applique aux contrats passés entre la requérante et ses agents allemands comme il s'appliquerait à un contrat conclu avec un distributeur contractuel» (Point n°62). Elle interprétait différemment les dispositions de la jurisprudence Suiker Unie dans la mesure le raisonnement de la Cour dans cette affaire montrerait que « que, en cas de « relation ambivalente », à savoir, lorsque

(288) CJCE 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a./Commission*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p.1663, et CJCE 24 octobre 1995, *Volkswagen et VAG Leasing*, C-266/93, Rec. p.I-3477.

(289) *« 1. Dans tous les cas, l'exemption n'est acquise qu'à condition:*
1) que le distributeur s'engage:
a) à assurer aux véhicules automobiles de la gamme visée par l'accord ou correspondants à celle-ci, et qui ont été vendus par une autre entreprise du réseau de distribution dans le marché commun :
- la garantie ainsi que le service gratuit et celui consécutif à des actions de rappel correspondant à l'engagement qu'il doit remplir conformément à l'article 4 paragraphe 1 point 6,
- la réparation et l'entretien conformément à l'article 4 paragraphe 1 point 1 e)».

l'intermédiaire est à la fois agent et commerçant indépendant, l'interdiction des ententes s'appliquerait non seulement à l'activité qu'il exerce en son nom et pour son propre compte, mais également à celle qu'il exerce au nom et pour le compte du commettant ». La première conséquence à tirer d'une telle interprétation serait, qu'en l'espèce, « les agents allemands de la requérante auraient des activités indépendantes considérables et, même si la requérante et ses agents ne commercialisent pas les mêmes marchandises dans le cadre de chacune de leur fonction, contrairement aux faits ayant donné lieu à l'arrêt Suiker Unie e.a/Commission, point 41 supra, il existerait un lien objectif étroit entre la vente des voitures neuves, l'exploitation d'un atelier de réparation et le service après-vente. Les activités liées à la garantie des véhicules et au service après-vente ainsi que la vente de pièces de rechange seraient imposées à l'agent précisément en vue de vendre des véhicules neufs, tout comme les autres risques qu'il doit assumer. Ce lien plaiderait en faveur d'un traitement uniforme de la relation contractuelle, y compris en ce qui concerne l'applicabilité du droit de la concurrence » (Point n° 66).

200. — **Appréciation finale du TPI.** Pour trancher ces divergences d'interprétation quant à la qualification juridique des agents commerciaux de la société Daimler Chrysler, le Tribunal s'est référé aux termes des contrats les unissant ; il a alors constaté que « *le contrat d'agence est rédigé de manière telle que l'agent allemand n'a aucune autorité ou pouvoir de vendre des véhicules Mercedes-Benz. La fonction de cet agent allemand est, en effet, limitée à la sollicitation des commandes des clients potentiels qu'il transmet à Mercedes-Benz pour approbation et exécution* » (Point n° 93 de l'arrêt), il ne possède aucun pouvoir sur la fixation du prix dans la mesure où il ne peut imputer de remises que sur sa propre commission, enfin il n'est pas astreint à la constitution d'un stock. En résumé, le fournisseur est seul à même de déterminer les conditions de vente des véhicules, les agents doivent être assimilés à des employés et considérés comme intégrés dans cette entreprise et formant ainsi avec elle une unité économique. Il s'ensuit que l'agent allemand Mercedes-Benz, lorsqu'il opère sur le marché en cause, ne constitue pas en lui-même une « *entreprise* » au sens de l'article 101, paragraphe 1, CE. La Commission a, sur ce point, accentué le degré de risque supporté par l'agent commercial.

PARAGRAPHE 3 : LA CONDITION D'AFFECTATION DU COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES

201. — **Origine.** La notion d'affectation du commerce entre Etats membres (290) a reçu en droit communautaire une qualification et des

(290) Pour une virulente critique de la notion, Cf. S. POILLOT-PERUZZETTO, *L'affection du commerce entre Etats membres, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la

frontières sémantiques précises depuis la communication de la Commission en date du 26 avril 2004 (291), mais antérieurement à cette communication la jurisprudence du TPI et de la CJCE en la matière avaient apporté des éléments de définition. Il est important de préciser au préalable que l'origine communautaire de la notion commande une interprétation de type communautaire, autrement dit l'autorité de concurrence en charge de vérifier cette affectation devra s'exécuter en respectant deux objectifs : promouvoir l'effet utile du texte et l'objectif de construction de l'Union européenne. La CJCE a précisé qu'une démarche finaliste devait être à privilégier par la Commission, ainsi l'entente que cette dernière entend condamner au visa de l'article 101, §1 du Traité CE doit conduire à un cloisonnement du marché entre les Etats membres et *a minima* à une volonté de perturbations des courants d'échanges commerciaux. De surcroît, il n'est pas exigé un cloisonnement du marché entre deux Etats membres, une entente perturbant les échanges au sein d'un unique Etat membre peut être considérée comme affectant l'ensemble de l'Union (292). En revanche, de la même manière qu'en ce qui concerne la restriction de concurrence que la Commission se doit de caractériser, cette dernière doit constater une affectation sensible du commerce entre Etats membres (293).

202. — **Affectation du commerce entre Etats membres et distribution automobile.** Forte de ces dispositions contenues dans le Traité et au sein de la jurisprudence du Juge communautaire de la concurrence, la société Volkswagen AG, notamment dans la seconde affaire l'opposant à la Commission, se défendait de toute affectation de manière sensible du commerce entre Etats membres, elle avançait que la Commission devait constater une entrave aux livraisons transfrontalières et une impossibilité pour les nouveaux entrants d'accéder au marché (Point n° 87 de la décision). Plus précisément, la Commission se devait de constater que « *l'accord entre entreprises [...] doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisante qu'il puisse exercer une influence directe ou*

direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, éd. LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.51 et s. L'auteur dresse tout d'abord le constat de carence de la notion, il découle selon elle d'un « *mélange des genres* » au sein même de la notion, réunissant des références économiques et juridique, et d'une confusion persistante entre les notions d'affectation et de restriction. Plus largement, la fonction attachée à la notion d'affectation du commerce entre Etats membres est elle-même dévoyée. L'auteur nous propose, dans un second temps, « *une nouvelle efficience* », qui passe un « *recentrage* » autour des fonctions de la notion ; il s'agirait de privilégier sa fonction originelle : la détermination de l'applicabilité de la norme communautaire.

(291) Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité ; JOUE n°C.101 du 27 avril 2004 ; J.-P.VIENNOIS, *Clarification du champ d'application du droit communautaire de la concurrence* (Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité), LPA du 22 septembre 2004, n°190, p.9.

(292) CJCE 18 juin 1998, *Commission c/ Italie*, C-35/96

(293) CJCE 16 juin 1981, *Salonia* C- 126-80, Rec. 1563.

indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation d'un marché unique entre Etats » (294).

203. — La Commission eut une approche beaucoup plus simple ; il suffisait que « la mesure soit de nature à modifier de façon positive ou négative les échanges intercommunautaires de marchandises, c'est-à-dire à influer sur les échanges » (Point n° 88 de la décision). Une telle conclusion de la Commission trouve sa cause dans l'arrêt du Tribunal de Première instance des Communautés en date du 06 juillet 2000 dans lequel l'entreprise Volkswagen fut condamnée …. (295). Selon les dires de la Commission, la mesure litigieuse en l'espèce « visait à maintenir artificiellement à un niveau élevé les prix de la VW Passat en Allemagne » (Point n° 83 de la décision), et ce notamment du fait que « l'importance des écarts de prix entre Etats membres est un facteur dont l'influence sur les échanges intracommunautaires est reconnue » (Point n° 84 de la décision). Au demeurant, la Commission a considéré que le cloisonnement des marchés n'était qu'une conséquence parmi d'autres de la restriction de concurrence qu'elle entendait condamner, seule la nature de la mesure devait être retenue pour qualifier la restriction de concurrence ; il suffisait « que cette mesure soit de nature à modifier de façon positive ou négative les échanges intracommunautaires de marchandises, c'est-à-dire à influer sur les échanges » (Point n° 88 de la décision).

204. — **Portée des lignes directrices.** La tâche est-elle facilitée par la publication des lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité (296) ? Schématiquement, il importe d'évaluer la part de marché de l'entreprise en cause et son chiffre d'affaire, ensuite la communication propose une présomption négative d'absence d'affectation en deçà d'un certain seuil, tandis que pour d'autres

(294) CJCE 21 janvier 1999, C-215/96 et C-216/96, *Bagnasco*, Rec. 1999, p.I-135 ; TPI 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c/ Commission*, Aff. T-62/98 ; Contrats, Concurrence, Consommation, décembre 2000, p.15, 16, 17, note S. POILLOT-PERUZZETTO, E. CHEVRIER, Volkswagen est condamné au titre des ententes pour avoir cherché à cloisonner le marché italien de vente de véhicules neufs de ses marques**,** D. 2000, Act. Jur, p.350 - Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s.

(295) TPI 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c/ Commission*, Aff. T-62/98 ; Contrats, Concurrence, Consommation, décembre 2000, p.15, 16, 17, note S. POILLOT-PERUZZETTO, E. CHEVRIER, Volkswagen est condamné au titre des ententes pour avoir cherché à cloisonner le marché italien de vente de véhicules neufs de ses marques**,** D. 2000, Act. Jur, p.350 - Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s.

(296) Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité ; JOUE n°C.101 du 27 avril 2004 ; J.-P.Viennois, *Clarification du champ d'application du droit communautaire de la concurrence* (Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité, LPA du 22 septembre 2004, n°190, p.9 - S. POILLOT-PERUZZETTO, *L'affection du commerce entre Etats membres, in La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, éd. LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.51 et s.

pratiques, elle pose une présomption positive d'affectation au-delà d'un certain seuil. Le comportement sera considéré comme n'affectant pas le commerce entre Etats membres si la part de marché totale des parties sur le marché communautaire en cause ne dépasse pas 5%, cumulativement le chiffre d'affaires des entreprises doit être inférieur à 40 millions d'euros pour les accords horizontaux, et pour les accords verticaux, le chiffre d'affaire à prendre en compte est celui du fournisseur ; il reste fixé à 40 millions d'euros (297). En revanche, certains accords ou pratiques sont par leur nature même susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, la Commission en donne quelques exemples et considère que dans ces cas spécifiques la seule condition du chiffre d'affaires doit être vérifiée, elle qualifie cependant cette présomption de réfutable.

205. — **Critiques.** Cette nouvelle interprétation économique de la notion d'affectation du commerce entre Etats membres ne fait l'unanimité, Madame S. Poillot- Perruzzetto dresse tout d'abord le constat de carence de la notion, il découle selon elle d'un « *mélange des genres* » au sein même de la notion, réunissant des références économiques et juridique, et d'une confusion persistante entre les notions d'affectation et de restriction. Plus largement, la fonction attachée à la notion d'affectation du commerce entre Etats membres est elle-même dévoyée. L'auteur nous propose, dans un second temps, « *une nouvelle efficience* », qui passe un « *recentrage* » autour des fonctions de la notion ; il s'agirait de privilégier sa fonction originelle : la détermination de l'applicabilité de la norme communautaire.

PARAGRAPHE 4 : LA QUALIFICATION DE RESTRICTION DE CONCURRENCE

206. — **Définition de l'effet restrictif.** Sous réserve de l'application d'une règle de raison (298), le comportement de l'entreprise incriminée doit avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence (299), ces deux conditions présentant un caractère alternatif (300). Aux

(297) D'autres données sont fixées pour les contrats de licence et pour les accords conclus entre un acheteur et plusieurs fournisseurs.
(298) Cf. introduction de la présente étude, n°5 et s.
(299) Pour une analyse d'ensemble de la notion, voir notamment : L. IDOT, *La qualification de la restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE*, in La modernisation du droit de la concurrence, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M. –A. FRISON ROCHE, éd. LGDJ, coll. Droit et Economie, 2006, p.85 et s. – G. MARENCO, *La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes, in Mélanges en l'honneur de M. WAELBROECK*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.1217 (l'auteur envisage essentiellement l'opportunité d'une appréciation économique de la notion fondée sur le pouvoir de marché des entreprises en cause, contrairement à l'approche plus ancienne davantage fondée sur des considérations juridiques).
(300) CJCE 13 juillet 1996, *Grundig et Consten*, Aff. Jointes n° 56/64 et 58/64, Rec. 429 ; CJCE 20 juin 1966, *LTM*, n° 56/65, Rec. 337 ; D. 1966, p.669, note J. RIDEAU ; JCP éd. G.

termes de cette jurisprudence, il apparaît que l'analyse de la Cour repose essentiellement sur des paramètres économiques et pratiques, cette constatation découle des termes mêmes des arrêts précités ; à savoir que l'objet restrictif doit s'apprécier « *compte tenu du contexte économique dans lequel il s'inscrit* » et que l'effet restrictif doit être envisagé « *dans le cadre réel où il se produirait à défaut d'accord litigieux* ».

207. — **Démarche finaliste.** A cette première acception de l'effet ou de l'objet restrictif d'un accord entre entreprises, la Cour de justice a adopté par la suite une conception que certains ont pu qualifier de « *finaliste* » (301), l'arrêt Ferrière Nord du 17 juillet 1997 (302) a précisé notamment que « *la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès lors qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence* ». A cette prise en compte des effets actuels de l'accord ou de la pratique concertée, la Cour de justice a ajouté que les effets potentiels de l'accord ou de la pratique pouvaient donner lieu à une condamnation par les autorités chargées de réguler la concurrence (303). Finalement, une telle jurisprudence a pu conduire la Commission « *à interdire une entente soit lorsque son objet est restrictif de concurrence même si elle n'a pas reçu d'application dans les faits soit lorsqu'elle a pour effet de restreindre la concurrence quand bien même les parties à l'accord n'ont aucunement eu une telle intention* » (304).

208. — **Sensibilité.** En second lieu, une telle restriction de concurrence doit être sensible, alors pourtant qu'une telle condition n'est pas prévue par les textes mais uniquement par la jurisprudence communautaire en la matière (règle *de minimis*) (305). La Commission a cependant précisé, dans diverses communications concernant les accords

---

1966, I, 2029, Chron. F.-Ch. JEANTET : « *le caractère non cumulatif, mais alternatif, de la présente condition, marqué par la conjonction « ou », conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué [...] qu'au cas, cependant, où l'analyse desdites clauses ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion établissant le jeu de la concurrence a été, en fait empêché, soit restreint ou faussé de la façon sensible [...] le jeu de la concurrence dont il s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut d'accord litigieux* ».

(301) C. NOURISSAT, *Droit communautaire des affaires*, Collec. HyperCours, 2ème éd., n°286.

(302) CJCE 17 juillet 1997, *Ferriere Nord*, C-219/95, Rec. I.4411.

(303) CJCE 28 mai 1998, *Deere*, C-7/95, Rec. I. 3111.

(304) C. NOURISSAT, *Droit communautaire des affaires*, Collec. HyperCours, 2ème éd., n°286.

(305) CJCE 9 juillet 1969, *Völk*, Aff. 5/69, Rec. 295 ; « *Attendu que pour être susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, l'accord doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échange entre Etats membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre Etats [...] que, dès lors, un accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que de manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause* ».

d'importance mineure (306), que certaines restrictions pouvaient faire l'objet d'une interdiction quelque soit leur seuil de sensibilité dès lors qu'elles contenaient des restrictions graves à la concurrence. La détermination du seuil de sensibilité d'un accord sur le marché relève exclusivement d'une recherche casuistique que doit opérer la Commission, un arrêt est venu cependant préciser quelque peu cette question en énonçant que « *plus les échanges sur le marché où se produit l'entente sont faibles, plus son effet est sensible* » (307). Plus précisément, en matière de distribution automobile, la Commission a considéré que la fixation des prix de revente conduisait à la suppression d'une variable essentielle de la concurrence ; à savoir la possibilité de consentir des remises, et que le comportement des concessionnaires tendait alors à s'éloigner d'un comportement concurrentiel normal consistant à accorder des remises.

209. — **Teneur.** Enfin, la restriction de concurrence produite par l'accord ne doit pas être inhérente ou accessoire à l'accord, autrement dit une telle restriction ne doit pas être indispensable à la viabilité économique de l'accord, ainsi un accord de distribution sélective n'est pas restrictif de concurrence dans la mesure où « *la restriction s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif [...] et que ces conditions sont fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire* » (308).

210. — **L'exemple de l'affaire Opel Nederland.** Le contentieux de la distribution automobile que nous évoquons au sein de cette étude est particulièrement illustratif de ces principes. Ainsi l'affaire Opel Nederland fut l'occasion pour l'avocat Général A. Tizzano de préciser les contours de la notion (309). La société Opel Nederland affirmait en substance que le système de prime condamné par le TPI ne pouvait être qualifié d'accord ayant un objet anticoncurrentiel dans la mesure où cela n'était pas son unique objectif et qu'il poursuivait des objectifs commerciaux légaux. L'avocat général rappela alors un principe non contesté aujourd'hui en droit communautaire de la concurrence selon lequel « *il ne ressort nullement du traité, ni de la jurisprudence, que, pour qu'il puisse être constaté une violation*

(306) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins de droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372 du 09 décembre 1997 et Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure du 22 décembre 2001, JOCE n° C 368/13 du 22 déc. 2001: les accords dont l'effet anticoncurrentiel serait insignifiant ne tomberaient pas sous le coup de la prohibition de l'article 81 §1 du Traité. Elles décident qu'il n'y a pas restriction de concurrence au sens de l'article 81 §1 du Traité si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse pas 10 % sur aucun des marchés en cause, et si la part de marché de chacune des entreprises en cause ne dépasse pas 15 %. En revanche si l'accord comporte des restrictions flagrantes, la communication ne s'applique pas.
(307) TPI 21 février 1995, *SPO c/ Commission*, Aff. T-29/92, Rec. II.289.
(308) CJCE 25 octobre 1977, *Metro c/ SABA*, n°26/76, Rec. 1875.
(309) Conclusions de l'avocat général A. Tizzano présentées le 25 octobre 2005 dans l'affaire C-551/03 P disponibles sur : http://www.curia.eu.int/fr

de l'article 81 CE en raison du seul objet d'une entente, cette dernière doit avoir pour unique objectif une restriction de la concurrence » (310), pour conclure au contraire « *c'est précisément le fait qu'une entente ait manifestement un but anticoncurrentiel qui ôte toute pertinence et toute incidence au fait qu'elle poursuive également d'autres finalités* » (311).

211. — **Effet restrictif « intensionnel ».** L'autre argument de la société requérante qui mérite un commentaire de quelques lignes est relatif à la prise en considération de l'intention des parties à l'entente par le juge communautaire de la concurrence. Selon elle, l'intention des parties ne peut être prise en compte par le juge pour établir l'objet anticoncurrentiel d'une entente. L'avocat général consent que la preuve de l'intention des parties de restreindre la concurrence n'est pas un élément nécessaire aux fins de la détermination de l'objet restrictif de l'accord, mais il n'empêche que dans « *le cadre de l'appréciation d'une entente il peut être tout à fait tenu compte de l'intention des parties* ». La Cour a affirmé à plusieurs reprises sur ce point que « *la nature anticoncurrentielle d'un accord peut découler, outre bien sûr du contenu de ses clauses, également d'une série de facteurs parmi lesquels, précisément, l'intention des parties telle qu'elle apparaît de la «genèse» de l'accord et/ou se manifeste dans les «circonstances de sa mise en œuvre», ainsi que du «comportement» des sociétés intéressées* » (312). L'avocat général a donc conclu au rejet du recours formé par la société Opel Nederland devant la Cour de Justice des Communautés européennes.

212. — L'arrêt de la Cour en date du 06 avril 2006 (313) fut l'occasion de préciser que :

- un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes (314),
- un accord en matière de distribution a un objet restrictif au sens de l'article 81 CE s'il manifeste clairement la volonté de traiter les ventes à l'exportation d'une manière moins

(310) Point n° 67 des conclusions citées supra.
(311) Point n° 68 des conclusions citées supra.
(312) CJCE 08 novembre 1983, *IAZ/Commission*, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p.3369, Points 23 et 25 ; CJCE 30 juin 1966, *Société Technique Minière*, 56-65, Rec. p.337; CJCE 28 mars 1984, *CRAM et Rheinzink/Commission*, 29/83 et 30/83, Rec. p.1679.
(313) CJCE 06 avril 2006, *General Motors BV (anciennement General Motors Nederland BV et Opel Nederland BV) / Commission des Communautés européennes*, Aff. n°C-551/03.
(314) CJCE 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, 56/64 et 58/64, Rec. p.429, 496; CJCE 08 novembre 1983 ; *IAZ e.a./Commission*, Rec. p.3369; CJCE 8 juillet 1999, *Montecatini/Commission*, C-235/92 P, Rec. p.I-4539, point 122, et CJCE 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p.I-8375, point 491.

favorable que les ventes nationales et conduit ainsi à un cloisonnement du marché en cause, en l'espèce les mesures mises en place par la société Opel Nederland BV, quoique indirectes, ont conduit à un tel cloisonnement.

213. — Afin d'apprécier si un accord doit être considéré comme interdit en raison des altérations du jeu de la concurrence qui en sont l'effet, il faut examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux (315). En l'espèce, les primes n'étant plus accordées pour les ventes à l'exportation, la marge de manœuvre économique des concessionnaires pour effectuer de telles ventes se trouvait réduite par rapport à celle dont ils disposaient pour effectuer des ventes nationales. Enfin, la preuve de l'intention d'Opel Nederland de restreindre directement la concurrence n'était pas un élément essentiel pour déterminer si un accord a pour objet une telle restriction. L'arrêt rendu ce 06 avril par la Cour de Justice n'est pas innovant en soi, il reprend pour l'essentiel les divers éléments jurisprudentiels contenus au sein de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal en matière de distribution automobile.

214. — **L'exemple de la première affaire Volkswagen.** L'objet anticoncurrentiel de telles mesures ne fait aucun doute aux yeux de la Commission ; il s'agit « *de limiter la concurrence «intra marque [...] et d'empêcher les concessionnaires italiens de faire jouer certains avantages sur le plan de la concurrence, tels que ceux résultant, par exemple, des fluctuations des échanges, par rapport à des concessionnaires d'autres États membres, en vendant des voitures à des clients ne résidant pas sur leur territoire contractuel ou en Italie. Une seule distinction est opérée, à savoir si le client réside ou non à l'intérieur du territoire contractuel ou en Italie, et non s'il s'agit d'un consommateur final, d'un intermédiaire mandaté par ce dernier, d'autres concessionnaires du réseau ou de revendeurs indépendants n'appartenant pas au réseau. Il en résulte un cloisonnement des marchés* » (316). La restriction de concurrence entraînée par ce type de comportement revêt un caractère sensible dès lors que les parts de Volkswagen et Audi sur le marché des véhicules automobiles neufs dans la Communauté sont très importantes. Alors que la société Volkswagen AG se défendait de tous effets anticoncurrentiels consistant en entraves à la réexportation, le Tribunal se range derrière la jurisprudence constante évoquée par la Commission à savoir que « *la démonstration d'effets anticoncurrentiels réels n'est pas requise, alors même que l'objet anticoncurrentiel des comportements reprochés est établi (voir arrêts de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 496, et du 17 juillet*

(315) CJCE 28 mai 1998, *Deere/Commission*, C-7/95 P, Rec. p.I-3111, point 76 – CJCE 28 mai 1988, *New Holland Ford/Commission*, C-8/95 P, Rec. p.I-3175, point 90.
(316) Point n° 130 de la décision de la décision de la Commission du 28 janvier 1998 ; JOCE L. 124/60 du 25 avril 1998.

1997, Ferriere Nord/Commission, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, points 12 à 14) », il suffisait que la Commission démontre que la requérante « *a pris des mesures ayant pour objet le cloisonnement du marché italien [...] la Commission n'était donc pas tenue de rechercher les effets concrets de ces mesures sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* » (317), ces mesures étant par nature des mesures de nature à affecter le commerce entre Etats membres (318).

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

215. — L'étude de ces affaires intéressant la distribution automobile est importante dans la mesure où ces jurisprudences sont finalement les prémisses des réformes contenues dans les règlements d'exemption du secteur. Pour autant, il est à noter que dans le cadre de ses enquêtes et de ces décisions la Commission européenne fait preuve d'une sévérité remarquable parfois sanctionnée par le TPI ou la CJCE, mais qu'à l'inverse cette même Commission semble désormais considérer que le secteur de la distribution automobile pourrait être régulé à terme par le règlement intéressant les restrictions verticales n°2790/1999 (319).Or il ne faut pas oublier que ce sont des affaires qui ont concerné les principaux constructeurs titulaires de fortes parts de marché (à savoir les constructeurs Volkswagen, Opel, Daimler Chrysler et plus BMW), que les comportements étaient particulièrement graves puisqu'il était question d'entraves à la libre circulation des marchandises et de pratiques de prix imposées. Bref, il est possible de valablement penser qu'un traitement plus sévère n'est pas à exclure et que le régime général issu du règlement 2790/1999 n'est pas adapté au secteur automobile tant sa distribution est spécialisée.

216. — Ce contentieux est aussi l'occasion d'apprécier les sanctions adoptées face à deux pratiques couramment classiquement stigmatisées en droit de la concurrence : la fixation d'un prix de revente imposé et l'interdiction de revente hors territoire contractuel. Elles ont donné lieu à un traitement jurisprudentiel innovant, notamment en ce qui concerne la

(317) TPI 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c/ Commission*, Aff. T-62/98 ; Contrats, Concurrence, Consommation, décembre 2000, p.15, 16, 17, note S. POILLOT-PERUZZETTO, E. CHEVRIER, Volkswagen est condamné au titre des ententes pour avoir cherché à cloisonner le marché italien de vente de véhicules neufs de ses marques**,** D. 2000, Act. Jur, p.350 - Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s, Point n° 178 de l'arrêt.
(318) CJCE 12 juillet 1979, *BMW Belgium e.a./Commission*, 32/78, 36/78 à 82/78, Rec. p.2435.
(319) Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; COM(2009) 388 final ; disponible sur le site http://ec.europa.eu. – Document de travail des services de la Commission accompagant la communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile, Résumé de l'analyse d'impact, {COM(2009) 388 final}, disponible sur le site http://ec.europa.eu.

notion d'accord. C'est en effet à l'occasion de la seconde affaire Volkswagen que la Cour de Justice a affirmé clairement que la Commission se devait de démontrer rigoureusement le concours de volonté et ne pouvait se contenter de la seule circonstance liée à la signature du contrat de distribution entre le fournisseur et le distributeur, le raisonnement à partir d'une présomption d'entente étant alors exclu. L'application du droit de la concurrence aux agents commerciaux a été précisée et limitée aux seules circonstances dans lesquelles ils supportent les entiers risques liés à la commercialisation. Les conditions d'affectation du commerce entre Etats membres et de restrictions caractérisées de la concurrence n'ont, quant à elles, pas subi de modifications majeures et ont été appréciées eu égard aux jurisprudences antérieures constantes et à la lumière des lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 101 et 102 du Traité.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

217. — Le contrat de distribution automobile présente des effets anticoncurrentiels certains, à l'instar de ceux constatés face à toute pratique qui vise à opérer un accord vertical entre un fournisseur et son distributeur. Cependant, il est tout autant certain que ces effets anticoncurrentiels sont spécifiques au secteur et ressortent essentiellement de la structure même du marché. Cette particularité a été à l'origine du choix de régulation par le biais d'un règlement d'exemption par catégorie afin d'accorder aux constructeurs de *«zones de sécurité juridiques»* dès lors qu'ils ne dépassaient pas certains seuils de part de marché. Deux seuils ont été prévus par le règlement n°1400/2002 ; celui de 30 % pour la distribution sélective qualitative et la distribution exclusive et celui de 40% pour la distribution sélective quantitative de véhicules automobiles. Cette démarche éminemment économique devait ainsi permettre aux entreprises présentes sur le marché d'apprécier précisément la légalité de leurs accords. Du fait de l'incorporation du secteur de la distribution automobile dans le champ d'application de la règlementation applicable aux accords verticaux, le seuil à ne pas dépasser a été fixé à 30 % quelque soit le mode de distribution choisi.

218. — Les positions prises par la Commission sont directement issues de cette nouvelle approche des accords verticaux davantage économique et des solutions posées par la Cour de Justice et le TPI. Il semble au surplus que cette opportunité offerte aux entreprises de préjuger des effets anticoncurrentiels de leurs accords par l'analyse de leur part de marché et les enseignements tirés des affaires intéressant les constructeurs automobiles aient pu avoir une conséquence originale : la baisse générale du contentieux afférent aux pratiques condamnées (320). La situation actuelle semble donc avoir changé par rapport à celle qui était constatée avant l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, l'environnement concurrentiel sur les marchés de la distribution de véhicules automobiles se serait ainsi considérablement amélioré. Les effets anticoncurrentiels tant stigmatisés par la Commission auraient été intégralement corrigés jusqu'à considérer que les forces du marché auraient conduit le secteur à se

(320) La dernière affaire récente relative au secteur de la distribution automobile est celle jugée par le TPI le 09 juillet 2009 (TPI 09 juillet 2009, *Automobiles Peugeot SA et Peugeot Nederland*, NV T-450/05. la Commission européenne avait sanctionné Peugeot pour avoir entravé les exportations parallèles de véhicules neufs à partir des Pays-Bas et à destination de consommateurs finaux établis dans d'autres États membres entre 1997 et 2003. Le Tribunal était appelé à juger si le système de bonus mis en place entre 1997 et 2003 avait eu pour objet l'exclusion des ventes à l'exportation du système de primes et, partant, d'inciter les concessionnaires à renoncer à des ventes qui auraient été possibles s'ils avaient bénéficié de la marge supplémentaire apportée par le bonus. Ce système a conduit au final à la suppression des ventes à l'exportation et a donc inévitablement un objet anticoncurrentiel.

développer positivement d'une manière non prévue initialement, justification désormais avancée pour incorporer le secteur automobile dans le règlement général applicable aux restrictions verticales.

TITRE SECOND

LES INSTRUMENTS DE LA CONTRAINTE : LA CORRECTION DES EFFETS ANTICONCURRENTIELS

219. — Le règlement n°1400/2002 comportait des modifications structurelles de grande ampleur en droit de la concurrence, le rapport d'évaluation faisait état, selon la Commission, d'effets anticoncurrentiels graves. Pour rendre ce secteur de la distribution d'automobiles et des services de réparation et d'entretien davantage concurrentiel et mettre ainsi le « *consommateur au volant* », selon l'expression du Commissaire M. Monti, deux interventions ont été privilégiées par la Commission.

220. — La première est destinée à mettre fin au lien traditionnel vente/service après-vente par lequel les constructeurs imposaient aux candidats distributeurs à la vente de véhicules d'assurer des services de réparation et d'entretien performants. En pratique, le secteur du service après-vente en matière d'automobile a toujours été le centre de nombreuses préoccupations du fait de l'importance financière qu'il représente pour le consommateur. Selon les données avancées par la Commission dans son rapport d'évaluation du règlement n°1475/1995 (321), ces services sont équivalents à 40 % du coût total d'un véhicule. De plus, les parts de marché des constructeurs sur ce secteur (autrement dit les réparations effectuées

(321) Rapport sur l'évaluation du règlement (CE) n°1475/95 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après vente de véhicules automobiles ; publié le 15 novembre 2000 (Doc. COM. (2000) 743 final).

par les distributeurs/réparateurs et les réparateurs agréés) sont égales à 50 %, ces parts se situant à 80 % pour les véhicules de moins de quatre ans.

221. — Ce constat semble toujours d'actualité à l'heure de la réforme du REC n°1400/2002, la Commission entend continuer à dissocier les deux marchés que sont la vente de véhicules neufs et l'après-vente (322), distinction qualifiée de « *fondamentale* » au sein du projet de lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles (323). Il est cependant à remarquer que cet adjectif a disparu du texte des lignes directrices finalement adopté, la Commission se contentant désormais de rappeler l'existence de la différentiation des deux activités. Si le secteur de l'après-vente sera soumis au règlement général à partir du 1er juin 2010, il n'en demeure pas moins que les lignes directrices supplémentaires que la Commission souhaite diffuser écartent de nouveau tout lien obligatoire entre les activités de vente et d'après vente (324). Plus précisément, il est clairement indiqué que les constructions ne seront pas en mesure d'obliger les réparateurs agréés à vendre des véhicules neufs (325), il n'est pas en revanche évoquer la situation inverse : le constructeur qui obligerait le distributeur à assurer des services de réparation.

222. — Ce lien qualifié d'anticoncurrentiel n'a plus lieu d'être dès lors qu'il constitue une barrière à l'entrée résiduelle au marché de la vente et de l'après-vente des véhicules automobiles (CHAPITRE 1).

223. — La seconde intervention de la Commission avait pour objectif de redéfinir en profondeur les modes de distribution applicables au secteur à partir du nouveau postulat qu'est la dissociation des services de vente et d'après-vente. Cette dissociation a ainsi permis un élargissement

(322) Projet de règlement de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, considérants n°11,12 et 13 (disponible sur le site http://ec.europa.eu).
(323) Point n°11.
(324) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles (disponible sur le site http://ec.europa.eu).
(325) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles (disponible sur le site http://ec.europa.eu), Point n°61 : « *Un problème particulier se pose lorsque les accords obligent les réparateurs agréés à vendre également des véhicules automobiles neufs. De tels accords seraient susceptibles de tomber sous l'application de l'article 101, paragraphe 1, l'obligation en question n'étant pas requise par la nature des services contractuels. En outre, les accords contenant une telle obligation, dans le cas d'une marque établie, ne seraient normalement pas en mesure de bénéficier de l'exception prévue à l'article 101, paragraphe 3, étant donné qu'ils auraient pour effet de restreindre fortement l'accès au réseau de réparateurs agréés, réduisant ainsi la concurrence sans pour autant générer des avantages correspondants pour les consommateurs* »

des modes de distribution de véhicules et de services de réparation et d'entretien (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : LA FIN DES BARRIERES A L'ENTREE AU MARCHE DE LA VENTE, DE L'APRES-VENTE ET DE LA FOURNITURE DE PIECES DE RECHANGE.

CHAPITRE 2 : LES NOUVEAUX CONTRATS DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE

CHAPITRE PREMIER : LA FIN DES BARRIERES A L'ENTREE AU MARCHE DE LA VENTE, DE L'APRES VENTE ET DE LA DISTRIBUTION DE PIECES DE RECHANGE

224. — **Vente et service après-vente sous l'empire du règlement n°1475/1995.** Avant d'envisager la dissociation du lien entre la vente et le service après-vente opérée par le règlement n°1400/2002, il y a lieu d'exposer les solutions que retenait le règlement n°1475/1995 à propos du service après-vente. Si le règlement n°1475/1995 ne fit pas du service après-vente une question centrale; il contenait néanmoins les dispositions essentielles du règlement n°1400/2002. En revanche, le constructeur pouvait légitimement imposer à ses distributeurs d'assurer, en sus de la vente, l'activité de service après-vente, cette dernière représentait un critère qualitatif de sélection. La Commission considérait ainsi en 1995 que *« la combinaison du service de vente et d'après-vente avec la distribution devait être considérée comme plus économique qu'une dissociation de l'organisation de vente de véhicules neufs, d'une part, et de l'organisation du service de vente et d'après-vente d'autre part »* (326). Face à cette position de la Commission, les constructeurs avaient mis en place deux types de réseau parallèles : le premier réseau était constitué des distributeurs/ réparateurs et le réseau secondaire était composé d'agents de marques assurant essentiellement les services d'après-vente (327).

225. — **Droit à l'information technique.** Le constructeur ne pouvait refuser de rendre accessible les informations techniques nécessaires à la réparation ou à l'entretien aux réparateurs indépendants, il pouvait néanmoins se réserver le droit de délivrer ces informations à titre onéreux. Le texte du règlement était peu précis, en ce sens que le type d'information dont il était question n'était pas défini, de la même façon les conditions de mise en œuvre de cette obligation imposée aux constructeurs n'étaient pas explicitées (328). Le règlement n°1475/1995 avait déjà posé les limites à ce droit puisque évidemment les opérateurs désireux d'accéder à l'information technique pouvaient se voir opposer le refus légitime consistant à protéger les informations couvertes par un droit de propriété intellectuelle. Certains ont conclu que dès lors qu'un droit de propriété

(326) Considérant n°4 du règlement n°1475/1995.
(327) N. GIROUDET – DEMAY, *Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque*; LPA, 29 novembre 2002, n°239, p.13.
(328) Le règlement n°1400/2002 est, en revanche, plus précis, l'article 4 point 2 permet de connaître la teneur réelle de ce droit à l'information.

existait le refus de la part du fournisseur était possible ; ainsi les opérateurs indépendants *« ne [...pouvaient...] se procurer uniquement les informations déjà librement en circulation sur le marché »* (329). La seule alternative permettant une diffusion large des informations résidait dans la mise en place d'un système de licence de marque par les constructeurs (330), ce dernier favorisant alors un contrôle total des flux d'informations et des revenus prévisibles et réguliers. Evidemment ce type de disposition provoqua la colère des concessionnaires qui se voyaient obligés d'assurer le service après-vente ; ils avaient dû consentir à de nombreux investissements importants, se soumettre à des obligations contraignantes (331) alors, qu'au contraire, de nouveaux entrants sur le marché de l'après-vente se voyaient accorder des droits presque sans aucune contrepartie. Cette manière d'envisager et d'organiser le service après-vente sous l'empire du règlement n°1475/95 pouvait être considérée comme « *une banalisation des activités d'après-vente des véhicules dont la spécificité et la haute technicité justifient pourtant le caractère sélectif de la distribution automobile* » (*332*).

226. — **Droit des équipementiers.** Jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement n°1475/1995, les équipementiers peinaient à s'affirmer en tant qu'agents économiques à part entière face aux constructeurs ; ces derniers se sont d'ailleurs souvent attribués les avancées technologiques mises au point par l'industrie de la pièce de rechange automobile. Les équipementiers, alors sans services commerciaux structurés, dépendaient totalement des constructeurs qui faisaient la promotion de leurs pièces, détenaient les capacités de stockage et enfin disposaient d'un personnel qualifié pour utiliser ces produits. La liberté offerte aux distributeurs agréés quant à la fourniture de pièces de rechange concurrentes était encadrée ; le règlement n°1475/1995 les autorisait seulement à s'approvisionner auprès d'une entreprise tierce de leur choix à condition que ces produits atteignent le même niveau de qualité (Article 6-1, Point 9 du règlement). Dans l'hypothèse où les constructeurs ne permettaient pas un tel approvisionnement, ils risquaient la perte automatique du bénéfice de l'exemption. Une seule exception était prévue lorsqu'il s'agissait de travaux de garantie : le constructeur pouvait imposer au réparateur d'utiliser les pièces de la gamme visée par l'accord. Cependant, la Commission a laissé la question de l'interprétation de la notion de « *pièce de rechange de qualité équivalente* » à la charge des différents droits nationaux, alors *« qu'il aurait pourtant été souhaitable de définir un certain nombre de critères pour éviter*

(329) JM COUMES, *Le nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur de la distribution automobile*, Revue du marché commun et de l'Union européenne, n°400, juillet - août 1996, p.493 et s.
(330) cf. note ci-dessus.
(331) Comme par exemple assurer gratuitement le service de garantie constructeur.
(332) J. GAUTHIER, *Distribution automobile : le nouveau règlement (CE) 1475/1995 ; observations des constructeurs* ; JCP éd. E 1996, I, n°1.

les divergences d'interprétations susceptibles de s'élever entre les différentes réglementations nationales » (333).

227. — La dissociation du lien vente/service après-vente a donc été un bouleversement d'envergure dans le secteur de la réparation et de l'entretien des véhicules automobile, de nouveaux acteurs ont pu accéder à ce marché (Section 1). Mais la Commission se devait alors d'aller plus loin dans sa volonté de réforme du secteur : si elle encourageait des opérateurs économiques à pénétrer ces marchés, elle devait aussi leur assurer une liberté d'approvisionnement quant aux pièces de rechange (Section 2).

SECTION 1 : LES NOUVEAUX ENTRANTS SUR LE MARCHE DE LA VENTE ET DE LA REPARATION DE VEHICULES AUTOMOBILES

228. — **REC 1400/2002.** Le considérant n°22 du règlement d'exemption n°1400/2002 concernant l'application de l'article 81 §3 du Traité à des catégories d'accords verticaux ou de pratiques concertées dans le secteur automobile disposait que *« les véhicules automobiles sont des biens meubles coûteux qui nécessitent des travaux de réparation et d'entretien à intervalles réguliers et irréguliers »,* mais *« il n'est toutefois pas indispensables que les distributeurs de véhicules automobiles neufs en assurent également la réparation et l'entretien »* et réciproquement *« il n'est pas nécessaire que les réparateurs agréés vendent également des véhicules neufs pour fournir de bons services de réparation et d'entretien »* (334). La Commission considèrait donc ce lien comme anticoncurrentiel et en a fait une restriction caractérisée de concurrence ; l'article 4 point 1 (g) du règlement n°1400/2002, précise que « *l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux [...] qui ont pour objet la restriction de la capacité du distributeur de sous-traiter la fourniture de services de réparation ou d'entretien à des réparateurs agréés [...]* ». De part cette disposition, un changement dans les critères qualitatifs de sélection est intervenu (Paragraphe 1).

229. — En para llèle à la disparition de ce critère qualitatif de sélection, il avait été prévu que le constructeur ne pouvait plus s'opposer au réparateur agréé qui voulait *« limiter ses activités à la fourniture de services de réparation et d'entretien et à la distribution de pièces de rechange »* (Article 4 point 1, h). Le règlement n°1400/2002 a donc permis l'émergence d'un nouveau réseau : les réparateurs agréés. Mais afin de confronter ces

(333) JM COUMES, *Le nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur de la distribution automobile*, Revue du marché commun et de l'Union européenne, n°400, juillet - août 1996, p.493 et s.
(334) Considérant n°23 du règlement d'exemption CE n°1400/2002 concernant l'application de l'article 81 §3.

réparateurs à une concurrence effective, la Commission a décidé de préciser le statut des réparateurs indépendants ; toutes les activités de services après-vente ont donc été régulées par le nouveau règlement d'exemption n°1400/2002 (Paragraphe 2).

230. — **Après le REC 1400/2002 ?** La non reconduction d'un règlement spécifique pour le secteur de la distribution automobile n'est pas sans conséquences sur ce point précis qu'est l'obligation d'assurer un service après-vente. Il est nécessaire de rappeler que la volonté de la Commission est d'inclure le secteur de la distribution automobile dans le corpus de règles applicables aux restrictions verticales à partir de 2013 en ce qui concerne les activités de ventes de véhicules neufs et dès 2010 pour les activités de service après-vente et de distribution de pièces détachées. L'obligation d'assurer un service après-vente redeviendra-t-elle un possible critère qualitatif de sélection ? (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 : LE SERVICE APRES-VENTE, UN CRITERE QUALITATIF CONTESTE

231. — Les réparateurs agréés ont désormais acquis l'indépendance commerciale qu'ils enviaient aux distributeurs de véhicules neufs, ils sont libres de choisir l'activité la plus lucrative (A), sous réserve qu'un certain nombre d'exigences soient respectées (B).

A. LES FONDEMENTS DE CETTE LIBERTE COMMERCIALE

232. — Afin de ne pas entretenir les inquiétudes des opérateurs du secteur, la Commission avance un fondement (1) qui ne correspond pas à ses réels desseins (2).

1°) Le fondement explicite

233. — **Favoriser le multimarquisme.** Dans le cadre de l'élaboration du règlement n°1400/2002, la Commission considèrait que l'effet direct de cette disposition laissant libre le distributeur de choisir ses activités lui *« permettra de se spécialiser dans la distribution, ce qui peut constituer une formule particulièrement intéressante pour les concessionnaires souhaitant vendre des véhicules neufs de différents constructeurs »* (Brochure explicative p.61). On comprend donc la finalité d'une telle mesure ; développer le multimarquisme en éliminant tous les obstacles créés par les constructeurs. Il est évident que consacrer une partie de ses investissements au maintien d'un service après-vente performant empêche le distributeur d'élargir ses activités, notamment la

commercialisation de plusieurs marques. En effet, si le lien vente/service après-vente restait obligatoire, le distributeur ne pourrait à la fois commercialiser plusieurs marques et assurer pour chacune d'elles un service après-vente adapté.

234. — **La consécration du statut de réparateur agréé.** Au-delà de la promotion du multimarquisme, la Commission concède désormais que la dissociation des deux activités a eu pour effet essentiel de permettre l'émergence du statut de réparateur agréé. En effet, au sein des lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles du 28 mai 2010 (335), la Commission prend le soin de préciser que « *lorsque les accords obligent les réparateurs agréés à vendre également des véhicules automobiles neufs […ils…] seraient susceptibles de relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité puisque l'obligation en question n'est pas requise par la nature des services contractuels* » et ajoute que « *dans le cas d'une marque établie, les accords contenant une telle obligation ne seraient normalement pas en mesure de bénéficier de l'exemption prévue à l'article 101, paragraphe 3, du traité étant donné qu'ils auraient pour effet de restreindre fortement l'accès au réseau de réparateurs agréés, réduisant ainsi la concurrence sans pour autant générer des avantages correspondants pour les consommateurs* ». La seule exception est relative au constructeur qui souhaiterait lancer une marque sur un marché géographique particulier. Dans ce cas précis, il pourrait assurer au distributeur une certaine sécurité économique temporaire en lui permettant de s'affranchir de la concurrence de réparateurs agréés «*autonomes*».

2°) Le réel but de la Commission

235. — **Eliminer une barrière à l'entrée.** Mais malgré cette finalité explicite avancée par la Commission pour justifier la dissociation de la vente et du service après-vente, il faut rechercher ailleurs un autre fondement. Il s'agit en l'occurrence de faciliter l'accès de nouveaux entrants sur le marché de la vente de véhicules neufs et des services après-vente. Lors de l'entrée en vigueur du REC 1400/2002, la Commission considèrait que « *l'activité de service après-vente par sa complexité et par la lourdeur des responsabilités qui en découlent peut constituer un frein imposant aux yeux de certains nouveaux entrants* » (336). Elle était donc persuadée que l'obligation consistant à imposer l'activité complémentaire de service après-vente aux distributeurs de véhicules neufs est une barrière à l'entrée au

(335) Considérant n°71.
(336) N. GIROUDET – DEMAY, *Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque*; LPA, 29 novembre 2002, n°239, p.13.

marché de la distribution de véhicules. De la même façon, imposer ce service empêcherait à des opérateurs la pénétration du marché de la réparation et de l'entretien agréés. Une telle analyse est conforme à la tendance des autorités de concurrence (internes et communautaires) à mesurer le cloisonnement d'un marché à l'aide de ces notions *« complexe et protéiforme »* (337) de *« barrières à l'entrée »* (338) et *a fortiori* de *« barrières à la sortie ».* Ces autorités recherchent alors les facteurs naturels et stratégiques qui entravent la libre entrée (ou la libre sortie) sur un marché, en l'occurrence ici celui de la vente d'automobiles et de services de réparations.

236. — **Barrière à l'entrée « *naturelle* ».** Face à cette définition, il est intéressant de déterminer si le lien obligatoire vente/service après-vente constitue une barrière à l'entrée *« naturelle »* ou *« stratégique »* au marché de la vente de véhicules neufs et de la réparation agréé ? Selon l'économiste Bian (339), trois éléments déterminants permettent de reconnaître une barrière à l'entrée *« naturelle » :*

- les entreprises déjà en place détiennent une position leur permettant de produire à des coûts plus faibles (avantage absolu de coût),
- elles bénéficient d'économies d'échelle importantes. Ainsi l'entrant peut pénétrer le marché avec une importante

(337) B. BRUN et A. TOULEMONT – DAKOURE, *Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence*; Contrats conc. consom. Novembre 2003, Chron. n°11 – P.-Ph. COMBES et L. LINNEMER, *Les barrières à l'entrée, in Réglementation et concurrence*, éd. Economica 1997, p.125 – R. PRESTON MC AFEE et H.-M. MIALON, *Barrières à l'entrée dans l'analyse antitrust;* RLC. 2004, n°1, p.155 – Rapport du Conseil de la Concurrence pour 2006, Etudes thématiques, p.139, disponible sur le site : http://www.conseil-concurrence.fr. L'intérêt des entreprises installées sur un marché donné de créer artificiellement ou non des barrières à l'entrée réside dans l'augmentation globale de leur taux de profit.

(338) « *Les barrières à l'entrée et à l'expansion sur un marché sont les facteurs qui s'opposent aux efforts de concurrents efficaces tendant à pénétrer le marché et à acquérir une dimension suffisante pour exercer une pression concurrentielle significative sur la ou les entreprises en place. […] Elle est utilisée pour estimer le degré de contestabilité des marchés, qui est une caractéristique primordiale de l'environnement concurrentiel.*», Définition issue Rapport du Conseil de la Concurrence pour 2006, Etudes thématiques, p.139, disponible sur le site : http://www.conseil-concurrence.fr.

(339) J. BIAN; Barriers to new competition, Harvard University press, 1956. Les études empiriques de l'auteur ont abouti au paradigme SCP; à savoir que les caractéristiques des structures de marché (S) – et notamment le degré de concentration et le niveau des barrières à l'entrée – déterminent le comportement des entreprises (C), duquel dépendent leurs performances économiques (p) (Cf. sur ce point ; E. COMBE, Economie et politique de concurrence, Précis Dalloz 1ère éd., n°14 et s). A l'inverse, l'économiste G. Stigler rejeta la définition proposée par le Professeur Bain ; une barrière à l'entrée serait « un coût de production qui doit être supporté par les firmes qui cherchent à entrer dans une industrie mais qui n'est pas subi par les firmes déjà en place », les notions d'économies d'échelles et les investissements nécessaires à l'entrée sur un marché ne constituent donc pas une barrière à l'entrée (G. STIGLER, The Organization of Industry ; University of Chicago Press, Chicago, IL, 1968, p.67). Les controverses suscitées par la notion de barrière à l'entrée ont été analysées en détail par les Professeurs R. Preston Mc Afee, H.-M. Mialon et M. Williams dans leurs articles : « What is a Barrier to Entry ?; American Economic Review, vol. 94, n°2, mai 2004 » - « Economic and Antitrust Barriers to Entry, Document travail octobre 2004).

capacité de production et il s'expose à une baisse globale du prix des produits (l'offre pouvant devenir plus importante en volume que la demande), ou opter pour une entrée sur le marché en privilégiant une faible capacité de production, mais il subit alors un désavantage de coût par rapport à ses concurrents implantés.

- Enfin, les entreprises en place ont réussi à développer une politique commerciale protectrice, notamment par une différenciation de produits efficaces. A ce stade, les entreprises souhaitant pénétrer le marché sont dans l'obligation de réaliser un investissement important dans la promotion de leurs produits, soit baisser leur prix par rapport à celui des entreprises déjà présentes sur le marché en cause.

237. — **Barrière à l'entrée « stratégique ».** Au contraire, une barrière à l'entrée est dite *« stratégique »* lorsqu'il s'agit d'entraver artificiellement l'entrée des concurrents par l'utilisation d'une variable prix (c'est-à-dire que les entreprises présentes sur le marché fixent un prix tel qu'il n'est plus intéressant pour les nouveaux entrants de pénétrer le marché), de mettre en place une stratégie de dissuasion reposant sur la théorie des jeux. Enfin, les entreprises déjà présentes sur le marché visé peuvent intervenir artificiellement sur la demande (340) ou sur les coûts des concurrents.

238. — **Qualification adoptée.** Dans la mesure où les réseaux de distribution de véhicules neufs et les services de réparation agréés se sont développés à partir de ce lien vente/service après-vente depuis au moins les années soixante (341), ce lien peut être valablement qualifié de barrière à l'entrée *« naturelle ».* Ceci alors qu'à priori, il s'agirait plutôt d'une barrière artificielle relevant donc de la seconde catégorie définie ci-dessus. En effet, ce n'est qu'un critère de sélection imaginé par les fournisseurs, ce n'est pas une contrainte définitive du marché. Cependant dans la réalité ce critère s'est figé pour devenir un passage *« obligé »* jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002. Les entreprises déjà présentes sur le marché de la vente et de la réparation agréé ont amorti leurs investissements de distribution et de réparation, elles bénéficient donc d'importantes économies d'échelle dans le fonctionnement de ces deux activités. De plus, les constructeurs ont su donner à leurs réseaux liant vente et service après-vente une image très valorisante, ils ont transformé ce lien en garantie de sécurité et de suivi des produits.

(340) En saturant par exemple l'espace de produits, ou encore en augmentant le nombre de marques…

(341) La distribution d'automobiles est proposée au grand public à partir des années cinquante, c'est à partir de cette date que les constructeurs commencent à mettre en place un réseau liant la vente au service après-vente.

239. — Le nouvel opérateur, qui souhaiterait pénétrer ce marché, serait donc face à des contraintes naturelles difficiles à surmonter si elles persistent telles quelles d'après la Commission. Il est vrai que créer un réseau liant vente et service après-vente, à l'identique de ceux qui sont aujourd'hui rentables, représente un investissement irréaliste. La Commission a donc décidé de permettre à de nouveaux opérateurs d'entrer sur le marché, d'éliminer la pression des constructeurs face aux distributeurs ou aux réparateurs qui voudraient se spécialiser dans une seule activité (342) et finalement de faire du marché de la vente et de la réparation de véhicule un marché contestable (343). Mais après l'affirmation de ce principe, elle devait en organiser les modalités de mises en œuvre afin de ne pas pénaliser le consommateur.

B. LES MODALITES DE LA DISSOCIATION

240. — Cette dissociation concerne deux activités ; la distribution et la réparation agréée, il est donc logique que ces activités soient redéfinies. En tout état de cause, malgré les divergences d'opinion quant aux impacts de cette mesure, il est certain que l'avantage direct qu'elle a entraîné est la « *clarification de la rentabilité des deux activités* » (344). Il s'agissait notamment de mettre fin au système peu transparent de rémunération liant les deux activités des distributeurs dès lors que « *l'exemption ne doit donc pas couvrir les accords verticaux contenant des obligations ou des clauses incitatives directes ou indirectes qui établissent un lien entre les activités de vente et de services après-vente ou rendent la prestation d'une de ces activités dépendante de la prestation de l'autre. Tel est le cas, en particulier, lorsque la rémunération des distributeurs ou des réparateurs agréés liée à l'achat ou à la vente de biens ou de services nécessaires à une activité est rendue dépendante de l'achat ou de la vente de biens ou de services liés à l'autre activité, ou lorsque tous ces biens ou services sont agrégés sans distinction dans un seul système de rémunération ou de remise* » (345). Cette

(342) La Commission privilégie une méthode spécifique d'appréciation des barrières à l'entrée sur un marché, ainsi au sein des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (n°2004/C. 31/03 ; JOCE du 05 février 2004, C. 31/05) elle a pu affirmer que «*pour que l'entrée de nouveaux concurrents puisse être considérée comme une contrainte suffisante sur les parties à la concentration, il faut démontrer que cette entrée est probable, qu'elle interviendra en temps utile et sera suffisante pour prévenir ou contrecarrer les effets anticoncurrentiels potentiels de l'opération* » (Point n°68).

(343) M. E. Combe explique ainsi qu'un marché est dit contestable économiquement lorsque « *les entreprises souhaitant pénétrer le marché ont accès aux mêmes techniques de production [...ou de distribution...] que celles déjà présentes, les coûts d'entrée peuvent être récupérés en cas de sortie du marché, et les délais d'entrée sont plus courts que ceux nécessaires à l'entreprise installée pour modifier ses prix* » E. COMBE, Economie et politique de concurrence, Précis Dalloz 1ère éd., n°18.

(344) C. BOURGEON, Le règlement (CE) n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ?; Gaz. Pal. 02 au 04 mars 2003, p.31 et s.

(345) Considérant n°22 du REC n°1400/2002.

question, contenue dans une clause noire (346), a eu de nombreuses conséquences : d'abord les distributeurs qui ne souhaitaient pas assurer les services de réparation ont pu les sous-traiter (1), ensuite les réparateurs agréés sont devenus des membres à part entière du réseau (2).

1°) Les nouvelles prérogatives des distributeurs

241. — Par le REC n°1400/200, le distributeur s'est vu offrir la possibilité de sous-traiter les activités de service après-vente, possibilité qui n'est pas remise en cause par l'entrée en vigueur du REC 461/2010 (a). Il est resté simplement tenu à une obligation d'information envers l'utilisateur final (b).

a. Le droit à la sous-traitance du service après-vente

242. — **Portée de la sous traitance.** L'article 4, Paragraphe 1, point g du règlement d'exemption permet au distributeur de sous-traiter la fourniture de service après-vente à un réparateur agréé appartenant au réseau de la marque. Le rôle du réparateur agréé sous-traitant sera *« de collaborer comme un partenaire privilégié du concessionnaire et de proposer tous les types de services après-vente aux clients de ce dernier »* (347). Tous les types de services peuvent être sous-traités selon la Commission ; cela concerne les services normaux de réparation et d'entretien, mais aussi les travaux sous garantie et les réparations à la suite du rappel de véhicules ou de l'entretien gratuit offert par le constructeur automobile. Il faut néanmoins préciser que cette modalité d'organisation existait avant l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, la différence était *« qu'il s'agissait d'une relation occulte pour le consommateur puisque le concessionnaire en assumait la totale responsabilité en cas de malfaçons »* (348).

243. — **Oblig ation du réparateur agréé.** Le réparateur agréé, à qui incombera la charge du service après-vente, devra néanmoins respecter les critères qualitatifs fixés par le constructeur pour la réparation de ses véhicules. Il n'est en aucun cas question de laisser le réparateur agréé libre de procéder aux réparations qu'il jugerait nécessaires. Matériellement, cela se traduit par un cahier des charges précis établi par le constructeur détaillant pour chaque situation, les réparations ou vérifications à effectuer.

---

(346) La présence d'une « *clause noire* » au sein d'un accord de distribution conduit à l'inapplicabilité du règlement au contrat dans son ensemble, autrement dit dans ce cas les parties à l'accord ne pourront pas revendiquer le bénéfice de l'exemption. Il s'agit donc pour la Commission d'une restriction grave de concurrence et dont la présence fait perdre tout espoir d'une exemption individuelle.
(347) Brochure explicative du REC 1400/2002, section 5.3.6.
(348) N. GIROUDET – DEMAY, *Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque* ; LPA, 29 novembre 2002, n°239, p.13 et s.

b. Le devoir d'informer l'utilisateur final des services après-vente existants

244. — **Teneur de l'obligation d'information.** Le principe de liberté quant au choix de l'activité du distributeur est tempéré par la reconnaissance d'une obligation d'information envers le consommateur et, plus largement, envers l'utilisateur final. Le constructeur peut imposer au distributeur qu'il *« communique aux utilisateurs finals, avant la conclusion de l'acte d'achat, le nom et l'adresse du ou des réparateurs en question et, si certains de ces réparateurs agréés ne se trouvent pas à proximité du point de vente, qu'il indique aussi aux utilisateurs finals à quelle distance du point de vente se situent le ou les ateliers de réparation en question »* (Article 4, Paragraphe 1, point g). Cette disposition a pour origine plusieurs tentatives de lobbying visant à imposer une obligation de proximité à ces réparateurs agréés (349). Elle n'a pas vocation semble-t-il à être exclue de la règlementation applicable à partir du 1er juin 2010 dès lors qu'elle n'emporte pas d'effet anticoncurrentiel et reste motivée par l'intérêt du consommateur. Cette revendication n'a cependant plus aucun sens face à une politique de renforcement du marché unique où le lieu d'achat n'a plus aucune importance, le consommateur ne prêtant plus attention au lieu d'achat, mais uniquement au prix pratiqué. Pour certains auteurs, il est étonnant que *« cette préoccupation ne prenne pas la forme d'une obligation, mais seulement d'une possibilité pour les fournisseurs »* (350), alors qu'elle peut avoir des répercussions en matière de responsabilité (351).

2°) Le nouveau statut des réparateurs agréés

245. — Avant l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, les constructeurs avaient déjà pris en compte cette catégorie d'opérateurs ; ils avaient créé des réseaux secondaires composés d'agents de marques, dont certains étaient tenus de se consacrer plus spécialement à l'après-vente. Lorsqu'un client de ces réparateurs agréés désirait acheter un véhicule, l'agent pouvait servir d'intermédiaire de la marque qu'il représente, ou encore contacter la concession à laquelle il était attaché.

246. — Cette catégorie, que la Commission nomme *« réparateurs agréés »*, désigne les distributeurs qui continuent d'assurer le service après-vente et la vente, mais surtout ceux qui assurent exclusivement le service après-vente. Les règlements n°1400/2002 et 461/2010 définissent de la même façon cette qualité; il s'agit *« d'un prestataire de services de réparation*

(349) L. VOGEL *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile*; Gaz. Pal. du 02 au 04 mars 2003, p.13 et s.
(350) N. GIROUDET – DEMAY, *Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque* ; LPA, 29 novembre 2002, n°239, p.13 et s.
(351) Voir n°306 et s.

et d'entretien de véhicules automobiles qui agit au sein d'un système de distribution créé par un fournisseur » (352). Cette catégorie d'opérateurs est une innovation dans le sens où la Commission a complètement réorganisé leur sélection dans le cadre du REC n°1400/2002 (a), mais en accordant une très faible marge de manœuvre aux constructeurs (b). Dans le cadre de la réforme du secteur voulue par la Commission, les choix arrêtés sous l'empire du REC n°1400/2002 sont confirmés (c). La modification du contrat de réparation agréée proposé par Citroën, à la demande de la Fédération nationale de l'Artisanat Automobile (FNA), illustre précisément la politique de la Commission (d).

a. La sélection des réparateurs agréés sous l'empire du REC n°1400/2002

247. — **Libre choix relatif du constructeur.** En principe, le fournisseur devrait être libre de choisir les membres de son réseau de réparateurs agréés. Cependant, sa liberté n'est pas totale, puisque pour bénéficier de l'exemption, il fallait que les parts de marché que son réseau de réparateurs agréés détenait par rapport aux réparations effectuées sur tous les véhicules automobiles de la marque en question (353) n'allassent pas au-delà de certains seuils (354), sauf à préférer le système de sélection qualitative pour laquelle aucun seuil n'est impératif. Si cette part de marché ne dépassait pas 30 %, le constructeur disposait d'une large liberté ; il pouvait organiser son réseau de réparateurs agréés en système de distribution sélective quantitative ou qualitative, ou bien encore en système de distribution exclusive. Dans ce dernier cas, il pouvait refuser les réparateurs qui satisfaisaient aux critères de sélection.

248. — **Priorité à la distribution sélective qualitative.** En revanche, si la part de marché du réseau de réparation agréé de la marque dépassait 30 %, l'exemption ne s'appliquait qu'à la distribution sélective qualitative. Cela signifiait qu'il ne pouvait imposer que des critères d'ordre qualitatif aux réparateurs qui souhaitaient intégrer le réseau. En conséquence, le fournisseur ne pouvait limiter le nombre de ces réparateurs agréés qui répondaient à ces critères qualitatifs. Cette opportunité a été notamment saisie par les concessionnaires dont le contrat de distribution a pris fin ; ils ont pu devenir réparateurs agréés de la marque qu'ils

(352) Article 1er, Paragraphe 1, point 1 du REC 1400/2002 – Article 1er, Paragraphe 1, point c) du REC 461/2010.

(353) Mrs L. et J. Vogel ont vivement critiqué cette évaluation de la part de marché pour préférer une appréciation du pouvoir de marché du constructeur à partir de sa position sur le marché primaire de la vente dès lors que « les interactions entre les deux marchés sont évidentes : si le coût de l'après-vente d'une marque augmente de façon excessive, les consomm ateurs se détourneront de l'achat de modèles de cette marque sur le marché primaire » (L. et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile*, éd. LawLex, Collect. Juriscience, 2004, n°196).

(354) Article 3-1 et 3-2 du REC n°1400/2002 - Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°72

représentaient, car par hypothèse ils répondaient aux critères de sélection définis par le fournisseur. Dans l'hypothèse où la distribution sélective qualitative était pratiquée, la Commission conseillait même dans sa brochure explicative de rendre publics ces critères de sélection, ou tout le moins de les communiquer à tout opérateur en faisant la demande (355). On doute cependant que les constructeurs aient suivi la recommandation de la Commission selon laquelle ces critères devaient être diffusés par Internet (356).

b. Un choix de sélection biaisé par les objectifs de la Commission

249. — **Préférence pour un système de distribution purement qualitatif.** En pratique, de nombreux constructeurs dépassent ce seuil de 30 %, cela leur impose *de facto* de mettre en place un système de sélection purement qualitatif. La Commission a d'ailleurs précisé que sa préférence allait vers ce type d'organisation ; la brochure explicative accompagnant le projet de règlement (357) en fait état : *« le projet de règlement couvre également la mise en place de systèmes plus restrictifs pour la sélection des réparateurs officiels, principalement une distribution sélective quantitative ou exclusive jusqu'au seuil de 30 %. Néanmoins, le projet de règlement couvrirait dans la pratique ces systèmes seulement pour certains types de services après-vente, où une concurrence significative existe de la part des réparateurs indépendants (358) et où la part de marché des réparateurs agréés est faible ».*

250. — En revanche pour les activités traditionnelles de service après-vente, la Commission était consciente du fait que les constructeurs dépassaient le plus souvent ce seuil (359). Elle se fonde notamment sur une étude du Cabinet Andersen qui a fixé la part de marché des réparateurs agréés à 80 % pour le marché de la réparation des véhicules de moins de 4 ans. De nombreux auteurs ont critiqué cette méthode arbitraire de la Commission qui consiste à affirmer le principe du choix, mais dans le même temps rend ce choix impossible.

i. Les faux arguments justificatifs évoqués par la Commission

251. — **Fondement statistique.** Nous avons vu précédemment que la Commission se fondait sur le fait que les réparateurs agréés détenaient 80 % de parts de marché pour les véhicules de moins de 4 ans. Cependant cette donnée chiffrée ne justifie pas une distribution sélective qualitative par

(355) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°73.
(356) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°73.
(357) Note explicative sur le projet de règlement, JOCE, n°C 67 du 16 mars 2002, p.13.
(358) Elle a donné un exemple de service où une concurrence significative des réparateurs indépendants existe : le remplacement des pneus.
(359) Elle précise dans la note explicative citée en note n°51 que « la part de marché sera très supérieure à 30 % ».

rapport à une autre, ceci *« dès lors qu'on admet par ailleurs qu'il est nécessaire que la garantie soit assurée par des réparateurs agréés »* (360). Ensuite, l'autre chiffre avancé par la Commission, à savoir que les réparateurs agréés détiendraient 50 % des parts de marché pour les véhicules de plus de 4 ans, est tout autant critiquable aux yeux de certains. En effet, ce chiffre ne serait que peu pertinent du fait que *« ce constat a été effectué avant que les dispositions destinées à améliorer la compétitivité des réparateurs indépendants instaurées par le nouveau règlement n'aient produit leurs effets »* (361). Mais ce contre-argument doctrinal n'est pas exempt de critiques. Effectivement, la Commission se devait d'examiner l'efficacité de la concurrence à un moment donné. Elle ne pouvait donc raisonner en décidant que face à un marché peu concurrentiel, elle améliorerait la compétitivité d'un opérateur au faible pouvoir économique en espérant que l'agent plus puissant en serait pénalisé. Une politique de concurrence ne doit pas être fondée sur des paramètres incertains, mais au contraire sur des données économiques solides.

252. — **Portée pratique.** Enfin, la Commission répond à ses détracteurs que cette disposition n'entraînera pas une augmentation anarchique du nombre des réparateurs agréés, eu égard aux importants investissements qui doivent être consentis par un candidat à l'entrée au réseau de réparateur agréé. Cette contrainte est une réalité, mais il y a fort à parier que la raison qui va détourner vraiment les réparateurs indépendants du statut de réparateur agréé réside dans l'accroissement de leurs opportunités commerciales de par les nouveaux droits qui leurs sont conférés en tant qu'indépendants. En effet, pourquoi faire le sacrifice de coûteux investissements alors que les chances de peser sur le marché de la réparation sont offertes par le nouveau règlement sans aucune contrepartie ? Il ne manquerait alors plus qu'à « *faire jouer* » l'élément *« prix »* pour que les utilisateurs finals se tournent vers le secteur de la réparation indépendante.

ii. Les conséquences néfastes du modèle de sélection exclusivement qualitatif des réparateurs agréés

253. — **Inconvénients majeurs.** L'organisation d'un service après-vente agréé uniquement fondée sur un système de sélection basée sur des critères qualitatifs, objectifs et appliqués de façon non discriminatoire et surtout sans limitation quantitative est source de nombreux inconvénients (362. D'abord cette absence de contrôle du nombre de réparateurs agréés

(360) C. BOURGEON, *Le règlement (CE) n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ?*; Gaz. Pal. du 02 au 04 mars 2003, p.31 et s.
(361) C. BOURGEON, *Le règlement (CE) n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ?*; Gaz. Pal. du 02 au 04 mars 2003, p.31 et s.
(362) Inconvénients auxquels s'ajoutent, selon Mrs VOGEL, un dirigisme bien mal venu de la Commission dans l'appréciation des critères qualitatifs (L. et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile*, éd. LawLex, Collect. Juriscience, 2004, n°196).

peut être synonyme de diminution de la rentabilité d'une zone. De plus, si l'on considère que la rentabilité des concessionnaires *« traditionnels »* est assurée en grande partie par l'après-vente (363), il est possible que l'on assiste à la *« déstabilisation de ces concessionnaires- réparateurs »* (364).

254. — **Critères qualitatifs exigeants.** Comment lutter contre ces effets déstabilisateurs ? Deux stratégies sont possibles ; la première d'entre elles consiste à imposer des critères de sélection qualitatifs élevés, mais elle présente deux inconvénients majeurs :

- les constructeurs se retrouvent avec le dilemme de devoir opter pour une sélectivité très haut de gamme valorisante pour leur image de marque, mais synonyme d'un maillage lacunaire du territoire national.
- Ensuite, il serait critiquable d'exclure de leurs réseaux de nombreux agents traditionnels bien répartis sur le territoire et qui ont représenté les services de réparation d'une marque. Ceci alors que le statut de réparateur agréé constitue la suite logique de leur coopération. De plus, il existe le danger que ces réparateurs se reconvertissent dans l'activité de franchise de réparation rapide, sachant que ce secteur est aujourd'hui le réel concurrent des services de réparation des grandes marques automobiles.

255. — **Opportunité d'un réseau secondaire.** Une seconde stratégie a retenu l'attention des maîtres de réseaux et commence à connaître un réel développement ; il s'agit de la création d'un réseau secondaire. La Commission a reconnu la légitimité de ce mode d'organisation puisqu'elle a affirmé, dans sa note au Comité consultatif en matière d'entente et d'abus de position dominante du 6 mai 2002, que *« la représentation de la marque à deux niveaux était possible »*. Le règlement n°1400/2002 prend aussi en compte cette possibilité au sein du considérant n°3 ; il précise que *« le règlement s'applique aux accords verticaux conclus entre, d'une part, un distributeur détaillant ou un réparateur agréé et, d'autre part, un distributeur ou un réparateur secondaire »*. Le constructeur qui opterait pour ces deux types de réseaux établirait d'abord un réseau primaire *« garantissant que ces réparateurs agréés sont en mesure d'assurer l'ensemble des opérations d'entretien et d'après-vente de la marque »* (365) et ensuite un réseau secondaire aux critères de sélection moins rigoureux pour une partie seulement des opérations d'entretien et de réparation de la marque. Mais afin de

(363) L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile*; Gaz. Pal, numéro du 02 au 04 mars 2003, p.13
(364) Cf. l'article ci-dessus.
(365) N. GIROUDET – DEMAY, *Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque* ; LPA, 29 novembre 2002, n°239, p.13 et s.

rentabiliser au mieux ces réseaux secondaires, les constructeurs permettront sûrement le cumul avec d'autres panneaux, et évidemment la réparation multimarque.

256. — **L'exemple du réseau secondaire de Renault.** La marque Renault a lancé « *Motrio* » son nouveau réseau de réparation multimarque en s'inspirant directement de cette organisation à deux niveaux. Cette nouvelle enseigne s'adresse tout particulièrement aux agents Renault n'ayant pu répondre aux critères de sélection qualitatifs du réseau primaire de réparateurs agréés du constructeur, mais aussi à d'autres candidats. Cela constitue aussi pour Renault une opportunité d'écoulement régulier de ses pièces détachées commercialisées sous le label *Motrio*.

257. — **Exclusivité territoriale et réseaux secondaires**. Cet exemple nous permet de mettre en exergue une autre difficulté liée à la mise en place de ces réseaux secondaires ; en effet à qui rattacher ces contrats en l'absence de toute exclusivité territoriale ? Ces contrats doivent-ils être rattachés à un autre réparateur agréé du réseau primaire ou à un concessionnaire ? Le constructeur Renault a préféré que le contrat soit conclu entre un concessionnaire et un réparateur sans obligation d'exclusivité pour permettre au réparateur de représenter une autre marque. Selon un représentant du Conseil national des professions de l'automobile (366) une référence à une exclusivité de territoire apparaît indispensable au nom de « *l'efficience économique* ». Ceci afin de rationaliser la distribution de pièces de rechange et éviter ainsi que les réseaux ne deviennent anarchiques.

258. — **Influence du réseau secondaire sur le calcul de la part de marché.** Enfin sur ce point, un auteur émet une remarque judicieuse quant à la constitution de ces réseaux secondaires : elle entraîne un nouveau calcul de parts de marché (367). Il est vrai que la plupart des constructeurs dépassent le seuil de 30 % de parts de marché en ce qui concerne le service après-vente, mais pour le marché des réparations de second ordre, c'est-à-dire celle n'incluant pas les réparations relevant de la « *garantie constructeur* », ce seuil n'est pas dépassé. L'auteur explique aussi que pour ce secteur de la réparation « *courante* » la concurrence est intense et que par « *conséquent une limitation quantitative pourrait alors être prévue [...] ainsi qu'une exclusivité territoriale* » dès lors que la part cumulée des deux réseaux dépasserait largement ce seuil de 30 %.

259. — **Limiter le développement des réparateurs indépendants.** Cependant malgré ces vœux pieux des constructeurs automobiles et de leurs concessionnaires, une autre motivation implicite est à l'origine de ce

(366) N. GIROUDET – DEMAY, *Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque* ; LPA, 29 novembre 2002, n°239, p.13 et s.
(367) N. GIROUDET – DEMAY, *Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque* ; LPA, 29 novembre 2002, n°239, p.13 et s.

choix porté vers les réseaux de réparateurs agréés secondaires. En effet, sous couvert d'intensifier la concurrence et de permettre à des réparateurs de se reconvertir, ils veulent en réalité éviter autant que possible la concurrence des réparateurs indépendants. Il s'agit notamment de proposer un statut à certains avant que les chaînes de réparation rapide inondent le marché de « *franchisés indépendants* ». De nombreux réparateurs indépendants se sont donc organisés en réseau dit « *bon marché* »; la mise en place de ces réseaux que certains ont pu qualifier de « *réseaux de second rang* » répond à une demande forte émanant de jeunes entrepreneurs n'ayant pas les capacités financières pour répondre aux cahiers des charges des constructeurs, ou encore d'ex-réparateurs agréés. En effet, ces réseaux requièrent de leurs adhérents de très faibles investissements ; ils n'imposent pas de droit d'entrée, ni de redevances (ou une redevance symbolique) et offrent un panneau et diverses formes de communication commerciale et technique. Tous les autres services sont alors optionnels et, en général, les maîtres de réseau n'imposent pas d'obligation d'approvisionnement quant aux pièces de rechange (368).

c. La confirmation de l'option « distribution sélective qualitative »

260. — **Distribution sélective qualitative « *vertueuse* ».** La Commission entend confirmer une position que l'on sentait poindre au sein du REC n°1400/2002 : la distribution sélective qualitative devient le mode de distribution bénéficiant d'une exemption en matière de réparation agréée sous réserve que les parts de marché des parties à l'accord ne dépassent pas 30 % et que l'accord ne contienne aucune restriction caractérisée (369). Un changement est cependant notable par rapport à la règle qui prévalait sous l'empire du REC 1400/2002 : alors qu'aucun seuil n'était prévu en matière de distribution sélective qualitative, il est désormais clair que ce mode de distribution sera considéré comme a priori non restrictif qu'à la condition de respecter ce seuil de 30 % de parts de marché. La préférence de la Commission est expressément affichée : « *on considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, du traité car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la*

(368) En pratique, le maître de réseau prend en charge la négociation de tarifs préférentiels avec les équipementiers et propose ensuite ces grilles tarifaires à ses adhérents.

(369) Telles que celles visées à « *l'article 4 du règlement général d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux et à l'article 5 du règlement d'exemption par catégorie dans le secteur automobile, ni aucune des restrictions exclues décrites à l'article 5 du règlement général d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux* » ; Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles, Point n°46.

concurrence pour autant que trois conditions soient remplies » (370). La Commission prend malgré tout le soin d'ajouter que ces conditions sont :

- la nature du produit en question, elle doit obliger à une distribution sélective; autrement dit, un tel système doit « constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit en cause afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage »,
- l'utilisation de critères qualitatifs de sélection objectifs de caractère qualitatif, fixés de manière uniforme et appliqués de façon non discriminatoire,
- la limitation des critères au strict nécessaire.

261. — **Fin de l'exemption automatique.** En raison des caractèristiques du marché de la réparation agréée, il est fréquent que le seuil de 30 % de parts de marché soit dépassé. Cette circonstance permet donc à la Commission d'éviter une exemption automatique des accords et de pouvoir ainsi « *traiter directement les refus de communiquer des informations techniques, l'utilisation abusive de la garantie pour exclure les réparateurs indépendants ou les nouvelles formes de restrictions susceptibles d'apparaître* » (371).

d. L'exemple du contrat de réparateur agréé « *Citroën* »

262. — **Clauses anticoncurrentielles du contrat.** En pratique, la Fédération nationale de l'Artisanat Automobile (FNA) a obtenu de la Commission la modification de certaines clauses du contrat de réparateur agréé du constructeur Citroën. Il s'agissait alors de supprimer les dispositions suivantes :

- Le constructeur interdisait aux réparateurs agréés d'utiliser certains équipements lors de la réparation des véhicules et imposait notamment l'achat d'un nouvel appareil de diagnostic.
- Il exigeait des réparateurs l'acquisition d'un véhicule de remplacement afin de le mettre à disposition du client dont le véhicule serait immobilisé.
- En outre, le constructeur refusait aux réparateurs qui avaient été évincés de son réseau de présenter à nouveau leur candidature.

(370) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles, Point n°43 et Point n°70.
(371) N. RAUD et G. NOTTE, *Nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur automobile* (Règl. UE n° 461/2010, 27 mai 2010), JCP E 2010, act. 304.

- Enfin, dans le cadre du contrat d'entretien que les clients pouvaient souscrire lors de l'achat du véhicule (en dehors de toute garantie), le constructeur imposait alors aux réparateurs agréés l'utilisation de pièces de rechange fabriquées par des équipementiers désignés au préalable par le constructeur.

263. — **Sanctions retenues.** Finalement, la Commission n'a stigmatisé que les trois premières mesures imposées par le constructeur. En ce qui concerne l'investissement en nouveaux équipements, la Commission a précisé que le règlement n° 1400/2002 permettait seulement au constructeur d'imposer un cahier des charges au réparateur qu'il accepte dans son réseau, ce dernier étant libre par la suite de choisir les moyens qu'il compte mettre en œuvre pour atteindre les objectifs fixés dans ce cahier des charges. Quant à l'acquisition d'un véhicule de remplacement, la Commission a décidé, qu'au regard de la lettre et de l'esprit du nouveau règlement, le réparateur est en droit d'acheter ou de louer ce véhicule ; il faut seulement que la mobilité du client soit assurée, et ce conformément au cahier des charges. L'organisation professionnelle a obtenu gain de cause en ce qui concerne le droit pour les réparateurs évincés du réseau de réparateurs agréés de présenter une seconde fois leur candidature. Cependant sa victoire ne fut pas complète dans la mesure où le constructeur conserve la prérogative de refuser cette seconde candidature en cas de résiliation antérieure pour faute. Sur la dernière clause à l'origine de la saisine de la Commission, la FNA n'est pas parvenue à faire supprimer cette obligation d'approvisionnement auprès d'équipementiers désignés par le constructeur dans le cadre du contrat d'entretien souscrit par le client lors de l'achat d'un véhicule. La Commission a considéré que le constructeur était en droit d'exiger l'utilisation de ces pièces dans la mesure où il finance en partie ce type de contrat.

264. — **Conclusion.** La Commission a considéré sur ce marché qu'il était nécessaire d'accroître la concurrence par une augmentation du nombre des compétiteurs, mais il semble que cet objectif soit loin d'être rempli (372). Tout d'abord peu d'opérateurs de réseaux officiels se sont risqués à la sous-traitance des services après-vente autorisée par le règlement ; seuls quelques anciens concessionnaires se sont portés candidats (en solution de remplacement du fait de la résiliation de leur contrat de distribution). Quant au réseau traditionnel de réparateurs agréés, le nombre de nouveaux entrants a été limité par des critères qualitatifs exigeants et par la-non candidature des réseaux de réparation rapide.

(372) http://christianbourgeon.blogs.argusauto.com/

PARAGRAPHE 2 : LA REDEFINITION DES DROITS DU REPARATEUR INDEPENDANT

265. — Les réparateurs indépendants sont désormais titulaires d'un droit à l'information technique vis-à-vis des constructeurs automobiles (A), mais la Commission a institué des limites à ce droit afin de ne pas atteindre les droits économiques fondamentaux des constructeurs (B). Récemment, il semblerait que la Commission soit réservée quant à l'efficacité de ces nouvelles prérogatives (C).

A. LE DROIT A L'INFORMATION : UNE VALEUR ECONOMIQUE AU SEIN DU RESEAU

266. — Le règlement limite expressément l'étendue de ce droit (2) dont seuls bénéficient les opérateurs désignés par le texte (1).

1°) Les titulaires du droit à l'information

267. — **Champ d'application.** Nous avons précisé en introduction du présent titre que le règlement n°1475/1995 consacrait déjà ce droit à l'information du réparateur indépendant. Les règlements n°1400/2002 et n°461/2010 réitèrent ce droit en l'élargissant à tous les opérateurs indépendants. La définition de l'opérateur indépendant englobe tout autant les réparateurs indépendants, que les fabricants d'outils ou de matériel de réparation, les distributeurs indépendants de pièces de rechange, etc.... (373). La caractéristique principale du réparateur indépendant est qu'il n'est pas tenu d'assurer l'obligation de service gratuit et les rappels de véhicules à l'initiative du constructeur en cas de défectuosité d'un produit. De plus, il n'est pas tenu d'effectuer toutes les réparations relevant de la garantie promise par le constructeur. En revanche, le constructeur peut refuser de communiquer ce type d'information à des personnes qui ne sont pas des entreprises au sens du droit de la concurrence (374) ; il ne peut donc s'agir que d'une entité exerçant une activité économique, d'une entreprise directement ou indirectement engagée dans la réparation ou l'entretien de véhicules automobiles.

---

(373) Qu'en est-il de l'expert automobile ? Peut-il se prévaloir du texte du règlement pour requérir des informations techniques afin de compléter ses expertises ? Malgré le fait « qu'ils soient impliqués dans la réparation automobile, ils ne participent pas à la chaîne de production ou de distribution » (L. NAMIM, *L'impact du nouveau règlement d'exemption* ; La Tribune de l'assurance, n°63, décembre 2002, p.23, 24, 25). On peut donc conclure valablement que du fait qu'ils se situent à l'extérieur des réseaux, ils n'ont aucun droit à l'information technique fondé sur le règlement n°1400/2002.
(374) J.B BLAISE et L. IDOT, *Règlement 1400/2002 du 31 juillet 2002*; RTD eur. Octobre-Décembre 2003, p.704 et s.

2°) La teneur du droit à l'information technique

268. — **Egalité de traitement.** La brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002 a définit la notion d'information technique ; cela désigne logiquement les informations nécessaires pour exécuter les services de réparation et d'entretien (375) ; ce qui exclut les informations concernant la gestion d'un atelier ou le fonctionnement d'un système comptable. Plus précisément, le réparateur indépendant doit avoir accès aux mêmes outils que le réparateur agréé ; cela peut être les outils manuels ou mécaniques, mais surtout les logiciels et autres matériels électroniques. Ces derniers sont particulièrement importants lorsque l'on sait que la technologie embarquée représente aujourd'hui une composante indispensable de la réparation et de l'entretien des véhicules (376). A ce titre, les réparateurs indépendants pourraient même exiger du constructeur une formation appropriée à ce type de techniques, mais seulement si cette formation est dispensée aux réparateurs agréés. Si le constructeur propose une information électronique ou téléphonique aux membres de son réseau de réparateurs agréés, il doit faire de même pour les demandes émanant de réparateurs indépendants (377).En outre, ces informations doivent être communiquées aux entreprises indépendantes aussi rapidement qu'elles le sont aux réparateurs agréés (378).

269. — **Précisions règlementaires.** Le Parlement européen a précisé, par l'adoption des règlements n°715/2007 (379), 692/2008 (380) et 595/2009 (381) les obligations des constructeurs en matière d'accès aux informations techniques sur la réparation et l'entretien des véhicules. Ces derniers seront dans l'obligation de communiquer aux réparateurs et revendeurs indépendants toutes les informations relatives à la durabilité des dispositifs de maîtrise de la pollution, des systèmes de diagnostic embarqués, la mesure de consommation de carburant, et plus généralement, ils devront garantir une accessibilité aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules. Cet accès devra en pratique être possible à partir d'un site Web et ce de manière rapide, et par un procédé

(375) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°86, p.71.
(376) Cette évolution de la notion d'information technique est clairement évoquée au sein des lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles au point n°66.
(377) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°86, p.71.
(378) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°91, p.73.
(379) Règlement CE n°715/2007 du 20 juin 2007 ; JOUE L. 171/1 du 29 juin 2007.
(380) Règlement CE n°692/2008 du 18 juillet 2008 ; JOUE L. 199 du 28 juillet 2008.
(381) Règlement CE n°595/2009 du 18 juin 2009 ; JOUE L. 188 du 18 juillet 2009.

qui ne soit pas discriminatoire par rapport au contenu fourni et à l'accès accordé aux concessionnaires et réparateurs agréés (382).

270. — **Qualification de la rétention abusive d'informations.** Dans le cadre d'une éventuelle rétention d'informations opposée par un fournisseur, la Commission a affirmé son intention de faire application de ces dispositions réglementaires annexes (383). Elle a pris soin au surplus de préciser clairement ses critères d'analyse :

- « L'information en question est-elle une information technique ou une information de nature différente, telle qu'une information commerciale dont la rétention peut être légitime? »
- « La rétention de cette information technique aura-t-elle un impact notable sur la capacité des opérateurs indépendants de mener leurs activités et d'exercer une pression concurrentielle sur le marché? »
- « L'information technique en question est-elle mise à la disposition des membres du réseau de réparateurs agréés concerné? »
- « L'information technique en question sera-t-elle utilisée en dernier ressort à des fins de réparation et d'entretien de véhicules automobiles ou à d'autres fins, comme la fabrication de pièces de rechange ou d'outils? ».

B. LES LIMITES A CE DROIT : L'EXIGENCE D'UNE CONTREPARTIE ET LE DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

271. — Si le droit à l'information technique des opérateurs indépendants est consacré, il n'en demeure pas moins que des limites peuvent être posées afin de ne pas favoriser de manière anticoncurrentielle les opérateurs indépendants ; les constructeurs sont en droit d'exiger une contrepartie (1) et seraient en mesure d'opposer leurs droits de propriété intellectuelle et ceux liés au savoir- faire (2). Enfin, ils pourraient refuser de divulguer des informations qui permettraient à des tiers de déjouer les dispositifs antivol ou de manipuler les dispositifs de vitesse (3).

1°) L'exigence d'une contrepartie raisonnable

(382) Les constructeurs devront respecter au plus tard au 03 janvier 2009 ces prescriptions formalisées dans la norme OASIS.
(383) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles au point n°65.

272. — **Proportionnalité.** Le prix demandé pour délivrer les informations techniques aux opérateurs indépendants doit être raisonnable (384). Il n'est pas question ici pour le constructeur d'en faire une source lucrative de revenus. Ensuite, les constructeurs ne doivent pas obliger les réparateurs indépendants à *« acheter plus que les informations nécessaires pour réaliser les travaux en question »* (385). La brochure explicative accompagnant le REC 1400/2002 fournit quelques exemples de pratiques interdites. Ainsi les entreprises qui désireraient obtenir des informations sur les pneumatiques ne peuvent se voir contraintes d'acheter des informations concernant le reste de la mécanique du véhicule (386).

2°) Les refus légitimes

273. — **Droit de la propriété intellectuelle et concurrence.** Le législateur communautaire a toujours été conscient du fait que dès lors que les droits de propriété intellectuelle pouvaient conférer un monopole d'exploitation à leur titulaire, ils pouvaient entrer en conflit avec le principe de libre circulation des produits et des services. Ceci fut notamment explicité dans le rapport d'évaluation sur le règlement d'exemption par catégorie n° 240/96 concernant le transfert de technologie. Il est, en effet, affirmé que *« le monopole légal, que le droit de la propriété intellectuelle confère au titulaire des droits de propriété peut à son tour, selon que les produits de substitution sont ou non disponibles sur le marché en cause, conduire à la création d'un pouvoir de marché, voire d'un monopole au sens du droit de la concurrence »* (387). Cependant, avant même ce projet de règlement, le droit communautaire de la concurrence a pris en compte cette nécessaire conciliation en réservant un sort particulier aux droits de propriété intellectuelle dans l'article 30 du Traité. Cet article autorise les Etats membres à adopter des mesures qui s'opposent *a priori* au principe de libre circulation des marchandises pour préserver certains intérêts nationaux, sous réserve que ces restrictions ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce

(384) Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, considérant n°26 - Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles au point n°67.
(385) Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, considérant n°26.
(386) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°90, p.72.
(387) Rapport d'évaluation pour le règlement n° 240-96 concernant le transfert de technologie point n°28 et 29.

entre les Etats membres (388). Suite à cette affirmation légale, la jurisprudence communautaire a fixé les règles de conciliation entre ces droits de propriété intellectuelle nécessaires à la promotion de l'innovation et la libre circulation des marchandises. L'existence d'un droit de propriété intellectuelle est déterminé par le droit national, et son exercice est régulé et sanctionné par le droit communautaire en cas de risque d'entente ou d'abus de position dominante. Plus précisément, une restriction au principe de libre échange ne serait acceptée que dès lors qu'il s'agirait de sauvegarder l'objet spécifique de la propriété intellectuelle (389). Par exemple, en matière de marque, la Cour a pu affirmer que l'objet spécifique du droit à la protection de la marque était de *« garantir aux consommateurs l'identité d'origine du produit en leur permettant de distinguer sans confusion possible les produits de marque de ceux qui ont une autre provenance »* (390).

274. — **DPI et distribution automobile.** La Commission eut à traiter de cette conciliation lors de l'élaboration du règlement 1400/2002 (391). Le produit automobile est en effet un produit dit de *« haute technicité »* pour lequel de nombreux droits de propriété intellectuelle sont revendiqués (392). Les constructeurs automobiles ont alors fondé leur refus à la libre circulation de l'information sur leurs droits de propriété intellectuelle. Face à cette restriction à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché, la Commission décida de réguler le conflit entre le droit d'accès aux pièces de rechange et à l'information et leur éventuelle protection par un droit privatif. Ainsi *« les constructeurs automobiles devaient autoriser tous les opérateurs indépendants intéressés à avoir un accès complet à toutes les informations techniques, à tous les outils, notamment les logiciels appropriés, et à la formation nécessaire pour la réparation et l'entretien des véhicules automobiles »* et les droits de propriété intellectuelle et ceux liés au savoir faire devaient *« être exercés de manière à éviter tout abus »* (393). Le

(388) Sur la confrontation du droit de la concurrence aux droits de propriétés intellectuelles, Cf. notamment E. CLAUDEL, « Les droits de propriété intellectuelle confrontés au droit communautaire de la concurrence : l'histoire d'une soumission croissante » ; RTD. eur. 2004, p.458 – G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in Mélanges offerts à A. Colomer, Litec 1993, p.87 – J. TIROLE, *Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ?,* in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, p.3 – Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2002, p.900 – J. PEYRE, *Droit de propriété intellectuelle/droit de la concurrence : attente d'un dénouement dans les affaires IMS et Microsoft* ; RLC novembre 2004/janvier 2005, n°9, p.26.
(389) CJCE 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, Aff. 78/70, Rec. p.487.
(390) CJCE 23 mai 1978, *Hoffmann Laroche c/ Centrafarm*, Aff. 1/2/77, Rec. p.1139.
(391) La Commission prend soin de préciser dès le troisième considérant de ce règlement que celui-ci s'applique même aux accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle.
(392) D. FERRE, *La réforme de l exemption des accords automobiles au regard de la propriété intellectuelle* ; JCP éd. E, 27 novembre 2003, CDE n°5, p.23.
(393) Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, considérant n°26.

règlement n°461/2010 et les lignes directrices qui l'accompagnent ne contiennent pas de dispositions particulièrement consacrées à ce droit privatif des constructeurs. Pour autant, il est possible de considérer que le fournisseur soit toujours en droit d'opposer ses droits de propriété intellectuelle lors de la diffusion d'informations techniques dès lors qu'il s'agit de l'objet même des DPI et que la jurisprudence communautaire a consacré ce droit à de multiples reprises. Le règlement n°330/2010 rappelle simplement sur ce point que « *l'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique sous réserve qu'en relation avec les biens ou les services contractuels, ces dispositions ne comportent pas de restrictions de concurrence ayant un objet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du présent règlement* » (394). Enfin, il est à préciser sur ce point que l'article 4 du REC 1400/2002 et l'article 5 du REC 461/2010 consacrent de la même façon le droit des équipementiers d'apposer « *effectivement et visiblement leur marque ou leur logo sur les composants fournis ou sur les pièces de rechange* ». Sans que cela soit une liste exhaustive, nous pourrions valablement affirmer que le constructeur serait en droit de s'opposer à toute divulgation protégée dès lors qu'il y aurait risque de contrefaçon, de confusion, ou d'atteinte à la renommée ou à la notoriété de la marque.

275. — **L'arrêt *Volvo*.** En matière de contrefaçon par exemple peut-on transposer la solution retenue dans l'arrêt *Volvo* du 5 octobre 1988 ? Cela apparaît possible à la lecture de la solution de cet arrêt ; « *les règles relatives à la libre circulation des marchandises ne s'opposent pas à l'application d'une législation nationale en vertu de laquelle un fabriquant d'automobile, titulaire d'un brevet, est en droit d'interdire à des tiers de fabriquer aux fins de la vente sur le marché intérieur ou de l'exportation, des pièces protégées ou d'empêcher l'importation à d'autres Etats membres de pièces protégées qui auraient été fabriquées sans son consentement* » (395).

276. — **L'arrêt *Ballantine*.** S'il est certain que le risque de contrefaçon pourrait constituer un motif légitime de refus de divulgation d'informations, la solution contraire réduirait à néant l'utilité des droits de propriété intellectuelle des différents Etats membres. Ceci fut rappelé par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Ballantine* du

(394) Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Article n°2-3).
(395) CJCE 5 octobre 1988, *Volvo c/ Veng*, Aff. 238/87, Rec. 6211.

11 novembre 1997 (396) ; des revendeurs non agréés avaient reconditionné des bouteilles de whisky sans altération de la boisson mais sans l'accord de la société *Ballantine*, et en ne mentionnant pas le numéro d'identification apposé par la marque. La Cour a décidé que *« même si cela constitue une entrave au commerce, le titulaire de la marque peut empêcher les manipulations en question sur des produits qu'il a mis sur le marché communautaire »*. Cette pratique pouvait se justifier selon la Cour par la réalisation d'autres objectifs *« importants et légitimes au regard du droit communautaire tels que le rappel des produits défectueux et la lutte contre la contrefaçon »*. Que peut-on en conclure ? Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle est fondé à opposer un refus aux opérateurs désirant accéder à l'information technique dès lors qu'il en va de la protection du consommateur. En effet pour les deux types de produits considérés (l'automobile et l'alcool), la contrefaçon représente un risque important pour sa santé et sa vie devant lequel le principe de libre circulation des marchandises doit céder.

277. — **L'arrêt *Magill*.** Au contraire, l'arrêt *Magill*, rendu à propos d'abus de position dominante (397), a précisé quelles pouvaient être les situations constitutives de refus abusifs. Malgré la matière qu'il concerne, rien ne s'oppose à son interprétation en matière de restrictions verticales ; ainsi au moins trois types de refus ne seront pas admis par le juge :

- lorsque l'accès aux informations fait obstacle à l'émergence d'un nouveau produit,
- lorsque le refus n'est pas justifié dans l'activité en cause,
- et enfin si le refus du titulaire du droit lui permet de se réserver un marché dérivé en excluant toute concurrence sur ce marché.

278. — Dans le secteur de la réparation et de l'entretien de véhicules automobiles, le cas de refus abusif d'un constructeur fondé sur un hypothétique droit de propriété intellectuelle se confond avec le dernier type de refus énuméré ci-dessus. Il réserverait ainsi le marché de la réparation et de l'entretien à ses réparateurs agréés.

---

(396) CJCE 11 novembre 1997, *Ballantines*, Rec. 1997, p.I-6227, et pour un commentaire en parallèle avec le droit de la distribution automobile R. et J. GOYER, *Automobiles et secteurs voisins : les prérogatives du titulaire de la marque face au marché gris, aux opérateurs en ligne, et aux grandes surfaces* ; JCP éd. E 2001, CDE n°2.

(397) CJCE 06 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et a. c. / Commission*, Aff. jointes C.-241 et 242/91, Rec. p.I-743 ; J.-B. BLAISE, *L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des installations essentielles* ; D. Aff. 1996, p.859 ; M. THILL – TAYARA et C. COUADOU, *Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles,* Contrats, conc. consom. 1999, n°6. La solution retenue par la CJCE dans cette affaire a été confirmée par la suite (CJCE 29 avril 2004, *IMS Health Gmbh*, Aff. C-418/01, Rec. I-5039).

279. — **Conclusion.** Finalement, un auteur a pu conclure que à propos du REC 1400/2002 « les options prises en la matière par le règlement ont pour objet la satisfaction immédiate des intérêts du consommateur plutôt qu'une recherche d'équilibre entre protection de l'innovation et satisfaction médiate du consommateur par l'amélioration de la qualité des produits à venir » (398). Face au trop peu de précision de la part de la Commission quant à la protection de ces droits de propriété intellectuelle, cet auteur s'est demandé si le seul cas de refus légitime ne serait pas finalement uniquement celui prévu par le considérant n° 26 ; à savoir la protection contre le détournement des dispositifs antivol, le recalibrage et d'autres manipulations dangereuses (399).

3°) La protection des dispositifs antivol et les autres manipulations dangereuses des véhicules

280. — **Protection du consommateur.** Ce dernier cas de refus est fondé exclusivement sur la protection du consommateur. Cela rejoint le raisonnement effectué à propos des droits de propriété intellectuelle quant au risque de contrefaçon. Il n'est pas expressément repris dans le REC 461/2002, ni dans les lignes directrices, mais il y a fort à parier qu'il puisse être utilement invoqué par les constructeurs eu égard au sujet qu'il vise à protéger.

281. — **Tempéraments.**Cependant la Commission a été dans l'obligation d'apporter des précisions puisque, parfois, les opérateurs indépendants se trouvent dans des situations où il est nécessaire d'accéder à ces données (400). Il s'agit le plus souvent de cas où le propriétaire du véhicule ne peut le faire démarrer alors qu'il est en possession de la clé de contact, ou bien encore lorsqu'il a oublié cette clé à l'intérieur du véhicule. Dans ces cas, l'accès aux informations demandées ne doit pas être refusé, et les constructeurs devront créer des dispositifs moins restrictifs pour protéger les systèmes de limitation de vitesse ou d'antivol. La Commission va jusqu'à leur préciser le type de matériel qu'ils devraient construire à l'avenir ; ce serait « *un dispositif de limitation de vitesse au moyen d'un codage empêchant toute modification du matériel ou du logiciel standard concerné, mais en permettant au réparateur indépendant d'installer des mises à jour du logiciel durant les réparations* » (401).

(398) D. FERRE, *La réforme de l exemption des accords automobiles au regard de la propriété intellectuelle* ; JCP éd. E, 27 novembre 2003, CDE n°5, p.23.
(399) D. FERRE, *La réforme de l exemption des accords automobiles au regard de la propriété intellectuelle* ; JCP éd. E, 27 novembre 2003, CDE n°5, p.23.
(400) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°94, p.74.
(401) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°94, p.74.

C. LA REMISE EN CAUSE DES DROITS DU REPARATEUR INDEPENDANT

282. — **Constats.** Malgré ce souhait de permettre un accès simple, rapide et égalitaire à l'information pour tous les intervenants du marché de la réparation automobile, qu'ils soient réparateurs agréés ou indépendants, il semble que cela ne soit pas une réalité en pratique. Le Commissaire Neelie Kroes a dressé un bilan morose quant à l'effet de cette disposition lors du Congrès du Conseil européen du Commerce et de la Réparation Automobiles qui s'est déroulé le 25 septembre 2006 à Bruxelles (402). Une étude diligentée par les services de la Commission démontrerait qu'en réalité les constructeurs ne diffuseraient qu'une partie infime de l'information nécessaire, et que son accès serait rendu encore plus difficile qu'il ne l'était. Ce constat négatif a peut-être pour origine un changement de politique de concurrence intervenu au sein de la Commission, cette dernière n'étant plus celle ayant prévalu lors de l'élaboration du règlement n° 1400/2002. Les propos du Commissaire Kroes sont explicites sur ce point: « *our role here is not to preserve out-of-date business models, but rather to let the market do its work. The investment levels needed to cope with several brands of highly sophisticated vehicles may well mean that the days of the one-man repair shop on the corner are numbered. Nevertheless, who survives and who does not should be determined by market forces, and not by artificial restrictions. And let's not forget that consumers will not want to buy cars that cannot be safely and reliably repaired at competitive prices in a wide range of outlets*" (403). Autrement dit instaurer un accès facilité à l'information technique n'est qu'un instrument de politique de concurrence artificiel dont le marché n'aurait plus besoin, même si à terme « *les jours des réparateurs indépendants sont comptés* ». Pour autant, alors qu'il aurait été légitime de ne pas prévoir de dispositions spécifique au statut de réparateurs indépendants après l'annonce d'une telle position, le choix inverse a été opéré au sein du REC 461/2010 et ses lignes directrices.

283. — **Pratiques de la société Citroën.** Une autre illustration des obstacles opposés aux réparateurs indépendants à l'accès à l'information technique a fait l'objet d'une saisine du Conseil de la concurrence. Par une décision du 20 septembre 2006 (404) il a rejeté les demandes de mesures conservatoires présentées par un distributeur indépendant de pièces détachées, distributeur qui, par le biais de multiples filiales, assure une activité de grossiste de pièces de rechange et de réparation de véhicules

(402) http://europa.eu.
(403) http://europa.eu.
(404) Cons. Conc. 20 septembre 2006, n° 06-D-27, décision relative à une demande de mesures conservatoires présentés par les sociétés Autodistribution et AD Net à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Automobile Citroën ; Europe 2006, Comm. n° 331, obs. L. IDOT – Contrats, conc. consom. 2007, Comm. n°10.

automobiles, mais a décidé de poursuivre l'instruction de l'affaire au fond. Plus précisément, les requérantes reprochaient à la société Citroën :

- de ne lui permettre qu'un accès insuffisant au logiciel de diagnostic « *Lexia/proxia* » : son accès serait limité au diagnostic des pannes et non aux méthodes de réparation. Ce refus est justifié selon la défenderesse « *dans le seul but de protéger l'accès aux informations sensibles* », le considérant n° 26 du règlement n°1400/2002 disposant qu'il est« *légitime et approprié que* [les constructeurs] *refusent l'accès aux informations techniques qui permettraient à un tiers de déjouer ou de neutraliser les dispositifs antivol installés à bord, de recalibrer les dispositifs électroniques ou de manipuler les dispositifs qui, par exemple limitent la vitesse des véhicules …* ».
- de lui imposer des délais d'accès excessifs à la base de données « *Lasertec* » et au logiciel de diagnostic « *Lexia/Proxia* »
- et enfin de lui fournir des informations sous une forme non utilisable et pour un coût trop onéreux, la société Citroën exigeant des réparateurs indépendants qu'ils acquièrent une carte de communication et un outil de diagnostic spécifiques à la marque.

284. — Sur la première pratique, à savoir un accès limité au logiciel « *Lexia/proxia* », le Conseil a estimé que la justification avancée par le constructeur, consistant en un objectif de protection « *contre le vol, le recalibrage, ou la manipulation* », n'était pas légitime en ce sens qu'il peut être atteint « *par d'autres moyens moins restrictifs* ». Quant aux modalités pratiques d'accès, il a considéré que le délai et le coût d'accès à ces informations apparaissaient comme étant *a priori* excessifs, et qu'elles obligeaient les réparateurs à « *à acheter plus que les informations nécessaires pour réaliser les travaux en question* ». La conclusion du Conseil est sans appel : « *il ressort de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'est pas exclu, en l'état du dossier, que Citroën n'ait pas respecté certaines conditions énoncées audit article 4, paragraphe 2, et que certaines pratiques dénoncées puissent être qualifiées, au sens du règlement n° 1400/2002, de restrictions caractérisées, dites clauses noires* ».

285. — Malgré le rejet des mesures conservatoires sollicitées par le requérant, le Conseil a néanmoins accepté d'examiner l'affaire au fond, et a enjoint à la société Citroën d'adopter un certain nombre d'engagements en application de l'article L. 464-2 du Code de commerce (405). L'affaire a été

(405) En application de cet article, le Conseil « peut [...] accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques

close par une décision du 09 octobre 2007 (406), décision par laquelle le Conseil a jugé que le délai de communication des informations était suffisant et que l'exigence de formation continue souhaitée par la société Citroën n'était pas une obligation déraisonnable, et qu'enfin les conditions financières proposées par cette dernière n'étaient pas de nature à restreindre l'accès au droit à l'information technique. En revanche, le Conseil n'accepte pas les restrictions mises en place au titre de la protection contre le détournement des dispositifs antivol, le recalibrage et d'autres manipulations dangereuses (407).

SECTION 2 : LA LIBERALISATION DU MARCHE DE LA PIECE DE RECHANGE

286. — **Constats.** Jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement d'exemption n°1400/2002, le marché de la pièce de rechange était dominé par les constructeurs malgré les efforts tentés par le règlement n°1475/1995. En effet, dans ce texte, il était seulement reconnu une liberté d'approvisionnement pour les *« pièces de qualité équivalente »* mais sans définir cette catégorie. Cette disposition lacunaire relative à la définition de la pièce de rechange de qualité équivalente, permet de préjuger de l'importance que peut revêtir la norme technique pour l'efficacité du droit de la concurrence (408). A cause de cette disposition inefficace, car imprécise, les constructeurs ont assis leur domination sur ce marché ; ils

anticoncurrentielles ». Avant d'accepter ces engagements, le Conseil souhaite un débat contradictoire avec les parties saisissantes auxquelles il communique le contenu des engagements, ainsi qu'au Commissaire du gouvernement. Un résumé de l'affaire et le contenu des engagements proposés sont alors mis en ligne sur le site Internet du Conseil et les éventuelles observations versées au dossier. Dans l'hypothèse où la société mise en cause s'engage à mettre fin aux pratiques, objet de la saisine, la procédure n'est pas pour autant close. En effet, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt en date du 16 octobre 2007(n° RG 2006/17900), accepte que la partie qui avait saisi le Conseil de la concurrence dans un premier temps, puisse exercer un recours contre la décision qui a avalisé les engagements pris par la société requise.
Dans l'hypothèse où le Conseil considère que les engagements proposés sont de nature à mettre un terme aux effets anticoncurrentiels des pratiques qui ont fait l'objet de sa saisine, il peut procéder à la clôture de l'affaire en prenant acte de ces engagements, qui deviennent alors obligatoires.
Une telle innovation a nécessité quelques précisions de la part du Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de concurrence, réunies au sein d'un communiqué de procédure publié le 03 avril 2008 (disponible sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence).
(406) Cons. Conc., 09 octobre 2007, n°07-D-31 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën, disponible sur le site institutionnel du Conseil de la concurrence : http://www.conseil-concurrence.fr.
(407) En l'espèce, la société Citroën refusait tout accès au calculateur « BSI » qui contrôle l'essentiel des fonctions électroniques du véhicule.
(408) C. BOURRE et C. ARONICA, *Le point de vue des équipementiers, in « Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie »*, JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.12 et s.

fournissaient la plupart des pièces de rechange aux réparateurs agréés et privaient ainsi le consommateur d'un quelconque choix entre des pièces de rechange concurrentes dans l'atelier d'un réparateur agréé. Les constructeurs sont même allés jusqu'à *« s'approprier d'un point de vue marketing les innovations de leurs équipementiers pour communiquer vers le client final »* (409).

287. — La Commission ne pouvait se satisfaire d'un tel état de fait ; il aurait été illogique d'affirmer d'une part que les opérateurs économiques du secteur de la distribution et de la réparation de véhicules étaient libres d'exercer les activités de leur choix, et d'autre part laisser persister le contrôle du constructeur sur leurs approvisionnements en pièces de rechange d'origine. Afin de rendre ce marché de la pièce de rechange plus concurrentiel, la Commission a entendu interdire toute restriction imaginée par les constructeurs pour contrôler l'approvisionnement des opérateurs (Paragraphe 1), mais en leur laissant néanmoins quelques prérogatives de maîtres de réseau (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'ANALYSE JURIDIQUE DU NOUVEAU MARCHE DE LA PIECE DE RECHANGE

288. — Le règlement n°1475/1995 avait affirmé que les opérateurs étaient libres de s'approvisionner en pièces détachées auprès d'une entreprise tierce, à condition que ces pièces atteignent le même niveau de qualité que celles vendues par le constructeur (Article 6 Point n°9 et 10). Cette position de principe a été renforcée par le règlement n°1400/2002 (Article 4-1) et confirmée par le règlement n°461/2010 (Article 5 a)) dans la mesure où son non respect est sanctionné par la perte de l'exemption.

289. — En 1995, la Commission n'avait pas défini les critères permettant de mesurer l'équivalence de qualité des pièces concurrentes ; elle a préféré, à l'époque, laisser cette question à l'interprétation des droits nationaux. Le règlement n°1400/2002 entend en finir avec cette question puisqu'il définit précisément la catégorie *« pièces de rechange d'origine »* (A). Ainsi la liberté d'approvisionnement des opérateurs pourrait être une réalité (B).

(409) C. BOURRE et C. ARONICA, *Le point de vue des équipementiers, in « Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie »*, JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.12 et s. A titre d'exemples du dynamisme technologique de ce secteur, les auteurs cités en référence informent le lecteur sur le nombre de brevets déposés par ce secteur : pour l'année 2000, l'équipementier Valeo a déposé 575 brevets et totalise 19 000 brevets à son actif.

A. LE PREALABLE NECESSAIRE : LA REDEFINITION DES NOTIONS DE PIECE DE RECHANGE, DE PIECE D'ORIGINE ET DE PIECE DE RECHANGE DE QUALITE EQUIVALENTE

290. — Les notions de pièce de rechange (1), de pièce de rechange d'origine (2) et enfin celles de pièce de rechange de qualité équivalente (3) sont désormais clairement définies. La définition de ces trois notions est un préalable indispensable pour mesure l'étendue des droits des opérateurs quant à leur approvisionnement de ces produits.

1°) La pièce de rechange

291. — **Définition.** La pièce de rechange est un « bien qui est destiné à être monté dans un ou sur un véhicule automobile pour remplacer des composants de ce véhicule, y compris des biens tels que les lubrifiants [...] à l'exception de l'essence ». (Article 1er point 1, s) du REC 1400/2002 et Article 1-1, h) du REC 461/2010).

2°) La pièce de rechange d'origine

a. La définition de la pièce de rechange d'origine

292. — **Caractéristiques.** La pièce de rechange d'origine est celle « qui est de même qualité que les composants utilisés lors d'un montage de véhicule automobile et qui est produite selon les spécifications et les normes de production fournies par le constructeur automobile [...], sont incluses les pièces de rechange fabriquées sur la même chaîne de productions que ces composants. Il est présumé que, sauf preuve du contraire, des pièces sont des pièces de rechange d'origine si le fabricant des pièces certifie que celles-ci sont de même qualité que les composants utilisés pour le montage du véhicule en question et ont été fabriquées selon les spécifications et les normes de production du constructeur automobile » (410).

293. — Ces pièces de rechange d'origine sont diffusées aux moyens de trois flux de distribution :

- celles produites par le constructeur lui-même (environ 20 % des pièces mises sur le marché),

(410) Article 1er point 1, t) du REC 1400/2002 - Point n°19 des lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles du 28 mai 2010

- les pièces fournies par les équipementiers aux constructeurs qui les revendent à leurs réseaux,
- et enfin celles vendues directement par les équipementiers aux membres du réseau de réparateurs agréés et aux réparateurs indépendants.

294. — Ces trois types de pièces de rechange d'origine répondent à deux mêmes conditions cumulatives :

- elles doivent être de la même qualité que les composants utilisés lors du montage d'un véhicule,
- et être produites selon les spécifications et autres normes fournies par le constructeur.

295. — Une telle clarté mettra un terme à la confusion entretenue par les constructeurs, confusion selon laquelle, seules les pièces de rechange vendues dans leurs réseaux sont d'origine. Ces derniers se fondent sur une notion commerciale de la pièce de rechange d'origine, et non pas sur une notion technique privilégiée par la Commission (411).

b. La preuve de la pièce de rechange d'origine

296. — **Charge de la preuve et présomption.** Cette preuve incombe au fabricant de pièces de rechange d'origine, il doit à tout moment pouvoir attester que les pièces sont conformes et de même qualité que les composants utilisés pour le montage du véhicule en question. La brochure explicative du REC 1400/2002 précisait que cette preuve pouvait se faire au moyen de l'impression sur l'emballage de ce certificat ou être publiée sur Internet (412), mais sans que le frabriquant soit obligé de faire appel à un organisme indépendant de certification. Il semble donc que dès lors que l'équipementier atteste de la conformité de la pièce, une présomption est instituée selon laquelle ladite pièce de rechange est d'origine.

3°) La pièce de rechange de qualité équivalente

297. — **Caractéristiques.** Le règlement n°1400/2002 définissait la notion de pièces de rechange de qualité équivalente (Article 1er, point 1, u)) ; ce sont *« celles fabriquées par toute entreprise capable de certifier à tout moment que la qualité en est équivalente à celle des composants qui sont ou ont été utilisés pour le montage des véhicules automobiles en question »*. Les lignes directrices accompagnant le règlement n°461/2010 disposent que

(411) C. BOURRE et C. ARONICA, *Le point de vue des équipementiers, in « Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie »*, JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.12 et s.
(412) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n° 101, p.89.

« *pour être jugée de «qualité équivalente», les pièces doivent être d'une qualité suffisamment élevée pour que leur emploi ne porte pas atteinte à la réputation du réseau agréé en question* » (413) Ces pièces sont notamment utilisées par les réparateurs pour les travaux d'entretien payés par le consommateur ; elles sont en effet moins chères que les pièces de rechange d'origine. Malgré le fait que les constructeurs se sont vivement opposés à la libre circulation de telles pièces, ils ont eux-mêmes produit des pièces de qualité équivalente qu'ils ont pudiquement rangées dans leur *« gamme économique »*. Contrairement à ce qui a été prévu pour la pièce de rechange d'origine, il n'est pas institué de présomption dès lors que *« Comme pour tout autre critère de sélection, le constructeur automobile peut apporter la preuve qu'une pièce de rechange donnée ne satisfait pas à cette condition* » (414).

B. LA LIBERTE D'APPROVISIONNEMENT DES OPERATEURS ET LIBERTE DE FOURNITURE DES EQUIPEMENTIERS

298. — Les membres du réseau sont donc libres de s'approvisionner là où ils l'entendent (1) et les constructeurs ne peuvent plus interférer dans la politique commerciale des équipementiers (2).

1°) La liberté d'approvisionnement des membres du réseau

299. — **Liberté d'approvisionnement totale.** L'article 4-1-k du REC 1400/2002 a permis aux distributeurs/réparateurs et réparateurs agréés d'obtenir d'une entreprise tierce des pièces de rechange d'origine ou de qualité équivalente et de les utiliser pour la réparation et l'entretien des véhicules. Cette liberté d'approvisionnement a été ensuite relayée dans le REC 461/2010 dès lors que restreindre cette liberté est analysé en une restriction caractérisée (Article 5, b)). Les membres du réseau organisé par un système de distribution sélective sont ensuite libres eux-mêmes de revendre ces pièces aux réparateurs indépendants (article 4-1-i du REC 1400/2002 et Article 5, a) du REC 461/2010).

2°) La liberté de fourniture des équipementiers

(413) Point n°20 des lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles du 28 mai 2010.
(414) Point n°20 des lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles du 28 mai 2010.

300. — **Prérogatives nouvelles des équipementiers.** Parallèlement, les équipementiers retrouvent la maîtrise de leur clientèle puisque la restriction convenue entre eux et les constructeurs qui limitait leur capacité de vente de pièces de rechange à des distributeurs agréés ou indépendants, et à des réparateurs agréés ou indépendants ou même à des utilisateurs finals est aujourd'hui interdite. Il s'agit d'une restriction qualifiée de grave pouvant faire perdre le bénéfice de l'exemption dans son entier (415). Cette disposition particulièrement novatrice et restaurant le principe de concurrence en matière de pièces de rechange aurait pu disparaître si le secteur automobile avait vu son régime juridique totalement calqué sur celui des restrictions verticales. En effet, une telle clause permet au constructeur de contraindre la capacité de reventes de ses distributeurs ; il s'agit donc d'une clause de non concurrence définie en ces termes par le règlement n°3320/2010 : « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente* » (416). La position adoptée par le règlement n°330/2010 est donc bien plus permissive que celle contenue dans les règlements n°1400/2002 et n°461/2010.

301. — **Equipementier et DPI.** Dans le cas où le constructeur aurait conclu un accord avec un équipementier stipulant que les droits de propriété intellectuelle que l'équipementier aurait développés doivent être cédés au constructeur, alors ce dernier ne peut se servir d'un tel contrat pour limiter la capacité de fourniture de l'équipementier en pièces de rechange obtenues à l'aide de ces droits (417).

302. — **Groupement à l'achat.** La reconnaissance de ces deux libertés fait naître la possibilité pour les opérateurs de l'après-vente agréés par les constructeurs (voire entre réparateurs agréés et indépendants) de constituer des associations pour organiser des achats en commun et négocier à des prix plus attractifs. Cependant cette possibilité est limitée par l'article 2, point 2, a) du règlement n°1400/2010 qui dispose que ce type d'organisation ne sera exempté que si les entreprises parties (et celle qui leur sont liées) ne réalisent pas conjointement un chiffre d'affaires annuels de plus de 50 millions d'euros. Malgré cette limite posée par l'article 2, point 2, a) du règlement n°1400/2002, un auteur doute de la

(415) Article 4, §1, h) et suivants du REC 1400/2002 – Article 5, b) du REC 461/2010
(416) Article 1er, 1), d) du règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.
(417) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n° 104, p.90.

sanction que la Commission pourrait appliquer. Il pense en effet que « *la Commission considérera avec bienveillance l'organisation d'une coopérative d'achat destinée à assurer l'approvisionnement direct d'un réseau en pièces de rechange auprès des équipementiers, même si ce seuil est dépassé* » (418). Cette faculté ne semble pas avoir été remise en cause par l'adoption du règlement n°461/2010 dès lors qu'il a pour finalité l'intérêt du consommateur.

303. — **Intérêt du consommateur.** La finalité de toutes ces mesures, visant à diminuer l'influence du constructeur sur ce marché de la pièce de rechange, est de permettre au consommateur d'avoir un réel choix entre les pièces de marque concurrente, mais pour cela il doit pouvoir identifier précisément les différents producteurs de pièces de rechange.

C. LE DROIT DES EQUIPEMENTIERS D'APPOSER LEUR LOGO SUR LES PIECES PRODUITES

304. — **Intérêt pratique et commercial.** L'importance du logo est, en la matière, primordiale. Il doit être possible de savoir si une pièce a transité par les services du constructeur. Si cela est le cas, le constructeur y apposera son logo à côté de celui du fabricant de pièces. Au contraire, si la pièce ne porte que la marque du fabricant de pièces, l'utilisateur (réparateur ou même consommateur) peut valablement en déduire que la pièce est à prix moindre pour un même niveau de qualité. L'article 4, Point 1, l) du REC 1400/2002 et l'article 5 c) proscrivent au constructeur de restreindre la capacité de l'équipementier d'apposer effectivement et visiblement sa marque ou son logo sur les composants fournis ou les pièces de rechange. Juridiquement, ce droit n'est que le prolongement de l'évolution décrite ci-dessus ; puisque les équipementiers sont libres de décider de leur politique commerciale, il est normal qu'ils apposent sur leurs produits leur marque. Au final, quel que soit le flux de distribution des pièces de rechange, l'innovateur ayant mis au point le produit doit être reconnu.

PARAGRAPHE 2 : LES PREROGATIVES RESIDUELLES DES CONSTRUCTEURS SUR CE MARCHE

305. — Logiquement, les constructeurs sont en droit d'imposer des directives d'approvisionnement en ce qui concerne les travaux effectués sous garantie (A), pour autant l'obligation d'achat instituée par le règlement à leur profit est plus étonnante (B).

(418) C. BOURGEON, *Le règlement (CE) n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ?*; Gaz. Pal. du 02 au 04 mars 2003, p.31 et s.

A. LA GARANTIE ASSUMEE PAR LE CONSTRUCTEUR

306. — **Fondement.** En raison de la responsabilité contractuelle directe du constructeur en cas de réparation sous garantie, de service gratuit et d'actions de rappel, l'exemption était applicable aux accords imposant au réparateur agréé l'obligation d'utiliser pour ces réparations les pièces de rechange fournies par le constructeur (Considérant n°25 du règlement et Article 4, Point 1, k) du REC 1400/2002). La réfome opérée par le règlement n°461/2010 a passablement remis en cause cette faculté dès lors que la seule faculté du constructeur sera celle d'opposer un refus de garantie « *au motif que la situation conduisant à la demande en question présente un lien de causalité avec le fait qu'un réparateur n'a pas effectué correctement une réparation ou un entretien particulier, ou que des pièces de rechange de mauvaise qualité ont été utilisées* » (Considérant n°69 des lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles).

B. L'OBLIGATION D'ACHAT A HAUTEUR DE 30 %

307. — **Teneur de l'obligation d'achat.** L'article 1, b) du règlement n°1400/2002 dispose qu'il existe une obligation de non concurrence non exemptée, dès lors que le fournisseur impose à l'acheteur d'acquérir auprès de lui ou d'une entreprise tierce plus de 30 % de ses achats totaux de biens contractuels, de biens ou de services. Le règlement n°330/2010 porte ce seuil à 80 % (419), il est désormais le seul seuil applicable dès lors que le secteur de la réparation automobile et des services associés est incorporé au secteur général. *A fortiori,* si ce seuil n'est pas dépassé l'obligation est valable. Mais comment concilier cette prérogative du constructeur avec une certaine liberté d'approvisionnement libérée de l'influence du constructeur ? La Commission tente de fournir une explication dans sa brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002 ; *« l'obligation pour le réparateur agréé d'utiliser les pièces d'une marque donnée à hauteur de 30 % de ses achats de pièces concurrentes n'est pas considérée comme une obligation de non concurrence [...] dès lors que le réparateur est libre d'acheter ces produits chez le fournisseur ou auprès d'autres sources*

(419) Article 1er, 1), d) : « *Obligation de non-concurrence», toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente* ».

désignées par ce dernier » (420). Ces sources parallèles seront les livraisons croisées entre distributeur et réparateur d'un même réseau. Cependant, un auteur a judicieusement remarqué que *« compte tenu des coûts logistiques de tels achats, il est peu probable qu'ils soient économiquement intéressants »* (421). Il est donc possible que, par cette prérogative laissée aux constructeurs, la Commission ait privé d'efficacité les dispositions visant à libéraliser le marché de la pièce de rechange et donc à réduire sensiblement les perspectives des équipementiers de fournir directement les réseaux.

308. — Malgré ces tentatives louables de la Commission d'éliminer toute barrière à l'entrée sur ce marché de la vente et de la réparation de véhicules automobiles, il n'en demeure pas moins qu'elles sont porteuses de conséquences juridiques importantes dont il faut faire le bilan.

SECTION 3 : LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DE LA DISSOCIATION DU LIEN VENTE/SERVICE APRES-VENTE

309. — La Commission se devait d'être consciente des nombreuses modifications juridiques indirectes que le règlement n°1400/2002 allait provoquer et dont il faut mesurer l'ampleur ; pourtant il n'y a trace d'une telle prise en compte. D'abord, il est évident que la dissociation du lien vente/service après-vente ayant un impact fort sur le mode de distribution choisi par le fournisseur de véhicules automobiles, la distribution sélective qu'il avait mise en place ne pouvait persister en l'état (Paragraphe 2). Plus généralement, il est légitime de se demander si la rupture de ce lien n'a pas de conséquences sur la garantie des biens de consommation en vigueur en droit interne (Paragraphe 1).

PARAGRAPHE 1 : LA GARANTIE DES BIENS DE CONSOMMATION ET LE SERVICE APRES-VENTE

310. — Il s'agit ici de savoir si l'obligation d'assurer un service après-vente peut être juridiquement détachée du service de vente. En effet, il n'est pas certain que cette dissociation soit opportune dans la mesure où ses impacts en matière de garantie sont importants et pourraient atteindre à l'objectif de protection du consommateur poursuivi par l'Union européenne (B). Avant d'étudier précisément ces conséquences néfastes, il convient de rappeler les règles relatives à la garantie des biens automobiles (A).

(420) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n° 79, p.68-69.
(421) Le règlement (CE) n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ?, par C. Bourgeon, Gaz. Pal. du 02 au 04 mars 2003, p.31 et s.

A. LA GARANTIE DES BIENS AUTOMOBILES

311. — Il y a lieu de différencier dans cette étude l'obligation de garantie de droit commun (1) de celle issue du contrat entre un consommateur et un professionnel (2).

1°) Les obligations de garantie issues du droit commun

312. — Aujourd'hui l'obligation de garantie légale (a) est sujette à de profonds bouleversements de par la transposition en droit interne de la directive du 25 mai 1999 (b).

a. L'obligation de garantie légale issue du Code civil

313. — **Définition.** Lorsque la chose vendue présente un vice indécelable lors de l'achat, vice qui la rend impropre à l'usage auquel on la destine, l'acheteur dispose de voies de recours contre son vendeur conformément à l'article 1641 du Code civil. Si ce défaut « *pathologique* » est constaté, l'article 1644 du Code civil ouvre un choix à l'acheteur ; il peut soit se faire restituer le prix et rendre la chose (action rédhibitoire), ou garder la chose et se faire rendre une partie du prix (action estimatoire). Malgré l'efficacité de l'action rédhibitoire, il se peut que l'acheteur ait subi un préjudice plus important ; il peut alors solliciter l'octroi de dommages et intérêts, seulement si le vendeur est de mauvaise foi (Article 1645 du Code civil). Cette action est ouverte à tout justiciable qui agit dans un « *bref délai* » (article 1648 du Code civil), l'examen de la jurisprudence permettait de considérer que ce bref délai s'élevait seulement à quelques mois, l'ordonnance du 17 février 2005, modifiant l'article 1648 du Code civil, a fixé ce délai à deux ans à compter de la découverte du vice (422). Il est admis qu'en cas de vente successive de la chose, la garantie se transmet avec elle ; dès lors, l'acheteur peut actionner son propre vendeur mais aussi le fabricant (423), une telle action est de nature contractuelle depuis le revirement de jurisprudence initié par l'arrêt Besse (424).

b. La garantie légale issue de la directive européenne du 25 mai 1999

314. — **Transposition.** Les règles du droit français ont été modifiées par la transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999 (425) au sein du Code de la consommation aux articles L.211-1 et suivants par l'ordonnance du 17 février 2005. La transposition réalisée est

(422) Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 ; JO du 18 février 2005, art. 3.
(423) Cass. 1ère Civ. 8 juin 1999, *Pac c/ Joubert* ; D. 1999, IR, p.206 – Cass. 3ème. 28 mars 2001, *Sté AXA c/ Sté Lafarge* ; Contrats, conc. consom., 2001, Comm. n°118, obs. L. LEVENEUR.
(424) Cass. Ass. Plen., 12 juillet 1991, *Besse*, JCP éd. G 1991, II, 21743, obs. G. VINEY ; D. 1991, Jur. p.549, obs. J. GHESTIN.
(425) Dir. 1999/44/CE du 25 mai 1999 ; JOCE L. 171 du 7 juillet 1999, p.12.

innovante au regard de notre droit interne dans la mesure où elle préfère l'action unique en garantie de conformité à celle de garantie des vices cachés ou d'obligation de conformité. Les autres innovations majeures apportées par la directive sont relatives aux droits du consommateur lorsque celui-ci est victime d'un défaut de conformité, ses perspectives de réparation sont alors sensiblement plus limitées. Les délais d'action sont aussi précisés par la directive, la garantie due au consommateur est enfermée dans un délai de deux ans, et subsidiairement le consommateur dispose de deux mois pour dénoncer le vice. Il n'est pas question de revenir au sein de cette étude au débat virulent qu'a suscité le projet de transposition, une partie de la doctrine y voyait une occasion de modifier le droit dans le sens de la modernité en transposant la directive dans le Code civil, alors que d'autres n'envisageaient qu'une transposition étroite évitant une modification du Code civil (426). Il s'agit davantage de s'attacher au résultat en droit positif : à savoir une transposition étroite du texte communautaire par voie d'ordonnance (427) « *démontrant une fois de plus que la réception du droit communautaire en droit privé n'est pas aisée en France* » (428).

315. — **Modalités.** La nouvelle action en garantie de conformité est ainsi insérée dans le Code de la Consommation aux articles L. 211-1 et suivants : le vendeur est désormais tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance, la conformité recouvrant plusieurs réalités explicitées à l'article L. 211-5 du Code de la consommation. L'autre innovation principale de l'ordonnance réside dans les sanctions prévues en cas de non-conformité ; l'article

(426) G. VINEY, *Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?;* JCP éd. G 2002, I, 158 – G. VINEY, *Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999*; D. 2002, Doctrine, p.3162 – P. JOURDAIN, *Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès*; D. 2003, n°1, Point de vue – Contra : O. TOURNAFOND, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil*; D. 2002, Chron. p.2883 – pour les difficultés d'insertion au sein du droit français de la vente : L. GRYNBAUM, *La fusion de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance opérée par la directive du 25 mai 1999* : Contrats, conc. consom. 2000, Chron. 7 - R. FAMILY, *Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999* : Contrats, conc. consom. 2002, Chron. 7 - O. TOURNAFOND, *Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des biens des consommateurs, article de foi ou réalisme législatif ?*; D. 2003, Point de vue, p.427 – D. MAINGUY, *Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*; JCP éd. G 2002, I, 183.

(427) Ordonnance du 17 février 2005, n° 2005-136 transposée aux articles L. 211-1 et s. du Code de la consommation : L. IDOT, *Transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties*; Europe n° 4, Avril 2005, Comm. 141- G. PLAISANT, *La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation*; Contrats Conc., Consom. n° 8, Août 2005, Etude 8.

(428)L. IDOT, *Transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties*; Europe n° 4, Avril 2005, Comm. 141, l'auteur citant notamment l'analyse objective du Professeur G. Viney : *La réception du droit communautaire en droit français de la responsabilité délictuelle et contractuelle, in La réception du droit communautaire en droit privé des États membre*s, ss dir. J.-S. BERGE et M. L. NIBOYET: Bruxelles, Bruylant, p.94-111.

L. 211-9 du Code de la consommation offre le choix à l'acheteur entre la réparation et le remplacement du bien, tout en privilégiant cependant la réparation en nature puisque la résolution de la vente n'interviendrait que dans le cas où les autres sanctions prévues par le texte ne sont pas satisfaisantes, ou bien encore dans la mesure où les demandes de l'acheteur entraînent un coût manifestement disproportionné (429). L'appréciation de cette notion de « *disproportion* » n'est pas d'ailleurs sans susciter de controverses, et notamment lorsque des défauts mineurs affecteront la chose. Monsieur le Professeur Plaisant remarque sur ce point que « *ceux-ci ne sont pas en tant que tels exclus de ce premier terme de l'option ouverte à l'acheteur, mais ils pourraient être de nature à rendre le coût du remplacement (ou de la réparation selon le cas !) manifestement disproportionné* » (430). La seconde option offerte à l'acquéreur déçu, consistant en une résolution du contrat ou en une réduction du prix du vente, n'est donc possible que lorsque la réparation ou le remplacement sont impossibles ou ne peuvent être mis en œuvre dans le délai d'un mois, ou encore lorsque la solution préconisée par le vendeur présente un inconvénient majeur pour l'acquéreur.

316. — **Appréciation.** Le choix d'une transposition minimaliste de la directive du 25 mai 1999 a pour conséquence directe une réduction du champ d'application du texte quant aux personnes; l'action ne concerne que les contrats de consommation relatifs aux biens meubles corporels conclus après le 19 février 2005, ou tout au moins elle ne peut profiter qu'aux plaideurs ayant la qualité de consommateur (431) qui auront engagé leur action dans les deux ans de la délivrance du bien. A coté de cette transposition au sein du Code de la consommation, il faut cependant saluer la modification apportée à l'article 1648 du Code civil, le célèbre et redouté bref délai de l'action en garantie des vices cachés n'est plus d'actualité. Désormais ce délai est de deux ans à compter de la découverte du vice. Le droit français de la garantie des vices cachés est donc aujourd'hui tout à la fois inscrit au sein du Code civil afin de réguler les rapports entre

(429) Article L. 211-9 du Code de la consommation : « En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien. Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur ».

(430) G. PLAISANT; *La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation*; Contrats Conc., Consom. n° 8, Août 2005, Etude 8.

(431) Le texte de l'ordonnance ne fournit cependant aucune définition de la catégorie de consommateur, il semble donc qu'en la matière, et comme le fait remarquer justement le Professeur Plaisant (La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation, G. PLAISANT; Contrats Conc., Consom. n° 8, Août 2005, Etude8), « qu'en l'absence de précisions dans l'ordonnance de transposition, le renvoi à la définition communautaire doit s'opérer. Le consommateur serait donc ici « toute personne physique qui [...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

professionnels, ou bien ceux entre professionnels et consommateurs si ces derniers placent leurs actions sous les auspices des articles 1641 et suivants du Code civil, et dans le Code de la consommation par l'insertion de règles applicables exclusivement aux rapports entre vendeurs professionnels et acheteurs/consommateurs. Finalement, l'originalité du droit français réside directement dans cette option procédurale offerte aux consommateurs, et trouve sa source dans le souci de protection du consommateur. Le choix opéré en droit interne n'est finalement que la résultante d'un paradoxe (432). En effet, la directive se targue d'une large protection du consommateur tout en étant inspirée de règles issues de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises régissant des rapports entre professionnels.

2°) L'obligation de garantie conventionnelle

317. — **Caractéristiques.** La garantie contractuelle n'a aucun caractère obligatoire, seuls y sont tenus les vendeurs qui l'ont promise, l'acheteur recevant alors un certificat de garantie par lequel *« le vendeur ou le fabricant s'engage à remettre en état ou à remplacer dans des conditions déterminées, la chose vendue, si un défaut apparaît dans un certain délai après la vente »* (433) .Le débiteur de cette obligation de garantie contractuelle ne demande aucune rémunération pour cette prestation, la garantie est *« en effet achetée avec l'objet vendu [...) elle se distingue par là du service après-vente »* (434). En pratique, le vendeur s'engage fréquemment à réparer tous les défauts apparents ou mineurs qui pourraient survenir en prévoyant le remplacement ou la simple réparation de la chose ; cette obligation peut perdurer pendant un délai fixé conventionnellement, délai pendant lequel l'acheteur peut exiger l'exécution de l'obligation de garantie sans avoir à démontrer l'antériorité du vice. Dans le marché de la distribution automobile, la pratique commerciale a dénommé ce type d'obligation de garantie conventionnelle la « *garantie constructeur* », la particularité de cette garantie étant qu'elle peut être prise en charge par n'importe quel membre du réseau.

318. — **Réglementation.** En outre, une telle obligation à laquelle s'astreint le vendeur est totalement licite, tant au regard de la réglementation des ventes avec primes, que des textes régissant la garantie légale des vices cachés. Sur ce dernier point, il faut préciser que les

(432) Sur ce point Cf. les observations de G. PLAISANT: La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation, G. PLAISANT; Contrats Conc., Consom. n° 8, Août 2005, Etude 8.
(433) J. CALAIS – AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5ème éd., n°238 – P. ANCEL, *La garantie conventionnelle des vices cachés*, RDT com. 1979, p.203.
(434) J. CALAIS – AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5ème éd., n°238.

rapports entre garantie légale et garantie conventionnelle ne peuvent être placés que sous le signe de la complémentarité, le vendeur ne pouvant ni exclure, ni limiter sa garantie, au moins dans ses rapports avec un acheteur non professionnel (435). La meilleure illustration de cette complémentarité réside dans l'option de l'acheteur de faire jouer les articles 1641 et suivants du Code civil lorsque les conditions de la garantie conventionnelle ne sont pas remplies ou ne donnent pas satisfaction.

319. — **Portée de l'obligation contractuelle de garantie.** Le contenu de cette obligation contractuelle de garantie varie peu en réalité au regard de celle de la garantie légale, ses conditions de mise en œuvre sont d'ailleurs calquées sur celles des articles 1641 et suivants du Code civil. L'on remarquera seulement que la notion de vice est envisagée de manière moins stricte dans la mesure où l'acheteur n'est pas tenu de démontrer que le vice constaté rend la chose impropre à son usage (436). En revanche, l'obligation contractuelle de garantie est souvent assortie d'une restriction fréquente qui oblige l'acheteur à ne faire intervenir que le vendeur lui-même ou un des réparateurs agréés par lui ; il s'agit pour le vendeur d'imposer « *certaines obligations de faire quant à l'usage de la* chose » (437). En contrepartie l'acheteur est dispensé d'apporter la preuve de l'antériorité du vice, celle-ci étant alors présumée. Malgré cette présomption favorable, de telles clauses de garantie ont été stigmatisées par la Commission des clauses abusives (438), mais elle a assorti sa recommandation de trois justifications à la présence de telles clauses :

- La sécurité des consommateurs
- La technicité du produit
- Le réseau de réparation du vendeur doit être facilement accessible pour le consommateur.

320. — Le vendeur peut limiter ou subordonner son obligation de garantie conventionnelle à certaines conditions d'entretien ou d'utilisation

(435) L'article R. 211-4 du Code de la consommation énonce que « Dans les contrats conclus entre des professionnels, d'une part, et, d'autre part, des non -professionnels ou des consommateurs, le professionnel ne peut garantir contractuellement la chose à livrer ou le service à rendre sans mentionner clairement que s'applique, en tout état de cause, la garantie légale qui oblige le vendeur professionnel à garantir l'acheteur contre toutes les conséquences des défauts ou vices cachés de la chose vendue ou du service rendu ».
(436) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(437) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(438) Recommandation n°79-01 relative aux clauses abusives insérées dans les contrats de garantie (BOSP du 24/02/ 1979) : La commission recommande « *que soient éliminées des contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs les clauses suivantes, nulles de plein droit du fait du contenu de la garantie légale, ayant pour objet ou pour effet* : […]
9° d'obliger le consommateur, sous peine de perdre le bénéfice de la garantie, à faire réparer l'objet défectueux chez le fabricant ou chez un réparateur agréé, lorsqu'une telle clause n'est justifiée ni par la sécurité des consommateurs, ni par la technicité de l'objet, ou lorsque le réseau du réparateur n'est pas accessible dans des conditions normales »

de la chose dès lors que ces restrictions ne sont pas sources d'une suppression de garantie (439). Enfin, cette garantie contractuelle doit être distinguée de la garantie légale de par l'objet spécifique qu'elle s'est assignée ; la garantie contractuelle vise à entretenir un bien pendant une certaine durée alors que la seconde oblige le vendeur à supporter les risques de l'existence d'un vice caché. Dès lors les avantages de la garantie contractuelle sont nombreux malgré son coût assumé en réalité par l'acheteur, ce dernier n'ayant pas à prouver que ce vice était caché lors de l'achat. De plus, cette action n'est pas enfermée dans le bref délai de l'article 1648 du Code civil et laisse subsister la pleine efficacité de la garantie légale (440).

B. L'OBLIGATION D'ASSURER UN SERVICE APRES-VENTE

321. — **Définition.** L'obligation d'assurer un service après-vente recouvre une réalité différente de celle des garanties légale et conventionnelle, il s'agit *« de tous les types de service offerts après la conclusion du contrat de vente et relatifs au bien vendu [...) mais pour lesquels une rémunération supplémentaire est requise non comprise dans le prix de vente »* (441). Cette notion de service après-vente se détache nettement de la conception traditionnelle des obligations du vendeur. En effet, par principe, le vendeur n'est plus engagé envers l'acheteur dès lors qu'il a correctement exécuté ses obligations de délivrance et de garantie des vices cachés ; ce n'est que récemment que les vendeurs professionnels ont consenti à étendre leurs obligations de garantie en raison de nouvelles politiques commerciales (442).

322. — **Sécurité des produits.** Nous avons précédemment évoqué la différence fondamentale entre les obligations de garantie et l'obligation d'assurer un service après-vente (443). Les premières n'entraînent à priori aucune rémunération (sauf à l'avoir incluse dans le prix de vente initial), tandis que l'autre a un prix fixé indépendamment de celui de la vente. De plus, le service après-vente ne relève en aucun cas d'une obligation de conformité. Au contraire, le bien livré au client a présenté toutes les

(439) TGI Caen, 25 juil. 1985 ; Consommateurs Actualité 1987, n° 537.
(440) J. CALAIS – AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5ème éd., n°238.
(441) J. CALAIS – AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5ème éd., n°238.
(442) Même si une telle obligation n'a reçu jusqu'ici aucune consécration légale, certains auteurs considèrent qu'elle peut être imposée par les usages quand le vendeur est un professionnel spécialisé (J. DERRUPPE, *Les opérations de l'entreprise*, Litec, 1972, n°212 – Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, 1996, n°2595 et s., pour ces derniers ce service « *découle implicitement de certaines ventes, comme une de ses suites naturelles* ».).
(443) Droit de la consommation, J. CALAIS – AULOY et F. STEINMETZ, Précis Dalloz, 5ème éd., n°242.

qualités requises, mais seulement il nécessite un entretien, voire des réparations. Cette obligation de service après-vente ne peut encore moins être rattachée à l'obligation de délivrance conforme du bien puisqu' elle s'exécute bien au-delà du moment de la délivrance, et suppose au contraire que la délivrance soit acquise et terminée. Nous n'avons pas de réponse arrêtée et définitive quant à la nature de l'obligation d'assurer un service après-vente, mais il semblerait qu'il soit légitime de la rattacher à l'obligation de suivi des produits, et plus largement à l'obligation de sécurité qui pèse sur le vendeur. Cependant, il faut d'ores et déjà préciser que la parenté qu'entretiennent l'obligation de sécurité et de service après-vente s'entend uniquement au regard de la dimension préventive de l'obligation de sécurité, et non pas dans sa dimension curative.

323. — **Justifications.** L'article L 221-1 du Code de la consommation dispose que « les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la sécurité des personnes ». Or l'obligation d'assurer un service après-vente n'est pas en réalité de permettre au produit de présenter à tout moment les conditions de sécurité requises par la loi ? De plus, la nature du produit automobile et des services de réparation qu'il nécessite est marquée par la technicité. La dangerosité potentielle de ces produits est aujourd'hui un fait, il est donc légitime de requérir du distributeur qu'il diffuse des produits sécurisés, mais de plus que ces produits présentent ces conditions de sécurité pendant toute leur durée de vie. Cependant, cette analyse est biaisée dans la mesure où l'obligation de suivi des produits, voire l'obligation de sécurité ont un caractère obligatoire, ce qui n'est pas le cas de l'obligation d'assurer un service après-vente.

324. — **Service après vente et garantie.** Cette obligation de service après-vente peut s'inscrire au sein de l'obligation de garantie due par le vendeur. Il s'agit alors d'une modalité particulière d'exécution de cette obligation de garantie, mais qui ne se confond cependant pas avec elle puisque l'obligation de garantie relève d'une source légale. Cette distinction doit être à l'origine, selon certains auteurs, d'un détachement complet entre le contrat de vente et le contrat de prestations de services après-vente, ces dernières devant faire *« l'objet d'un contrat distinct du contrat de vente »* (444), ou tout au moins si une clause du contrat de vente fait référence à cette obligation de service après-vente elle ne doit pas être conditionnée par l'existence d'un vice.

325. — **Exécution de l'obligation de garantie par le service après vente.** L'on peut cependant admettre que lorsque le vendeur a organisé un

(444) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.

service après-vente performant, les prestations qu'il fournit dans le cadre de ce service peuvent constituer un mode d'exécution de la garantie légale des vices cachés (445), ceci notamment dans le cas où la demande émane de l'acheteur lui-même. En effet, le principe de réparation en nature prévaut sur les autres modes de réparation et selon le Professeur Ghestin, l'article 1645 du Code Civil disposant que le vendeur professionnel est tenu de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur commande une telle réparation, la formulation étant assez large « *pour comprendre la réparation en nature de l'appareil défectueux* » (446).

326. — **Libre choix de l'acheteur.** Cependant, si une telle modalité d'exécution émane de la seule initiative du vendeur, il semble qu'il ne puisse l'imposer à l'acheteur car ce dernier, aux termes de l'article 1644 du Code civil, a le libre choix de la sanction (rédhibitoire ou estimatoire). Sur ce point, le Professeur P. Ancel distingue justement deux situations factuelles différentes (447) : selon que l'acheteur demande au vendeur de lui fournir une obligation de service après-vente en guise de garantie ou que cela ne soit que de la seule initiative du vendeur. Pour la première proposition, il semble qu'une réponse positive soit à privilégier, en effet, l'on doit alors considérer que le vendeur exécute son obligation de garantie au moyen d'une réparation en nature. En outre une telle solution serait contenue implicitement dans la formule générale de l'article 1645 du Code civil (448), à savoir que le vendeur est tenu de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur. Cette modalité d'exécution serait cependant limitée dans le cas où le montant de la réparation excédera la valeur matérielle de la chose et lorsqu'on constaterait un refus explicite du vendeur, ce dernier ne pouvant, aux termes de l'article 1142 du Code civil, être contraint à la réparation en nature. Dans l'hypothèse où le vendeur propose lui-même l'exécution de l'obligation de garantie légale au travers de l'obligation de service après-vente, il doit normalement obtenir au préalable l'acquiescement de l'acheteur. En effet c'est à ce dernier qu'appartient le choix discrétionnaire de la sanction en cas de vice de la chose. Cependant, le Professeur P. Ancel fait état d'un détournement de ce droit ouvert à l'acheteur (449) : il remarque que « *il ne faut pas oublier que l'option ouverte à l'acquéreur ne vaut que « dans le cas des articles 1641 et 1643 », c'est-à-dire, s'il existe des vices cachés qui rendent la chose « impropre à l'usage auquel on la destine ou qui*

(445) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(446) J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, LGDJ 1983, n°307. En revanche, une telle modalité d'exécution trouve ses limites si le coût de cette réparation excède la valeur de la chose, ou si le vendeur refuse ce type de réparation, le juge ne pourra que condamner le vendeur à des dommages intérêts et prononcer la résolution du contrat ou la diminution du prix.
(447) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(448) M. J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, LGDJ 1983, n° 307, opinion citée par M. P.ANCEL in *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(449) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.

diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ». Cela suppose donc que le défaut ait une certaine gravité et, sur ce point, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation » (450), à l'inverse, si le défaut ne peut être qualifié de vice caché au sens de ces dispositions du fait de sa faible gravité, l'on constatera que « *le service après-vente peut donc être un moyen, dans ce cas, d'empêcher la mise en œuvre des sanctions de la garantie légale* » (451). Sur ce point, l'auteur cité remarque en dernier lieu un ultime moyen pour le vendeur de faire échec à l'application de la garantie légale par la mise en œuvre de son obligation de service après-vente ; même si l'on sait que l'acheteur demeure libre d'intenter une action contre le vendeur malgré l'intervention des services après-vente du vendeur, il se peut que ces interventions multiples soient diligentées par le vendeur dans le seul but de faire courir le délai légal de l'article 1648 du Code civil.

327. — **Prérogatives résiduelles de l'acheteur.** L'acceptation par l'acheteur d'une telle modalité d'exécution de l'obligation de garantie légale n'est en aucun cas définitive ; s'il a d'abord accepté l'offre de réparation faite par le vendeur, il conserve son droit de faire jouer la garantie légale si les réparations se révèlent inefficaces (452). Dans l'hypothèse où l'obligation de service après-vente n'est qu'une modalité d'exécution de l'obligation de garantie légale, le vendeur est normalement tenu de délivrer ces prestations à titre gratuit, mais sans qu'un nouveau contrat n'intervienne entre les parties (453).

328. — **Inexécution de l'obligation d'assurer un service après-vente.** Maladroitement, les professionnels qui s'engagent à fournir un tel service le nomment « *extension ou prolongement de garantie* » alors cependant que l'on est ici en dehors de toute idée de garantie, ils s'engagent seulement à intervenir à la demande de l'acheteur et à fournir les pièces de rechange, mais ils ne sont tenus qu'à une obligation de résultat atténuée quant à leur obligation de réparer (454). En cas d'inexécution de l'obligation de service après-vente, l'acheteur reste libre de faire jouer la garantie légale ou d'engager la responsabilité du vendeur de manière autonome, notamment lorsque l'action en garantie légale lui est refusée du fait de l'article 1648 du Code civil. Une telle possibilité trouve son origine au sein d'un ancien arrêt de la Chambre des requêtes en date du 20 juin 1932, confirmé ultérieurement par diverses juridictions d'appel, qui déclare recevable une action engagée trois ans après l'expertise établissant le vice, au motif que « *l'article 1648 du Code civil ne s'applique qu'à l'action*

(450) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(451) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(452) CA Paris 29 janvier 1981, *S.A.R.L. Subal-France c. S.A. La Viennoise* : Juris-Data n°22512. – CA Toulouse 7 mai 1984, *Sté Audex c. L. Communaux* : Juris-Data n°41300.
(453) La faute du vendeur relèvera de sa responsabilité contractuelle liée au contrat de vente.
(454) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.

rédhibitoire proprement dite sanctionnant la garantie de droit inhérente à la vente, mais non à l'action née de la violation de la garantie de fait stipulée par une clause spéciale du contrat » (455). Le principe qui conditionne l'existence de cette obligation est la liberté contractuelle ; l'hypothétique débiteur de cette obligation choisit d'assurer ce service, et rien ne lui impose de l'inclure dans sa stratégie.

329. — **Normalisation de l'obligation d'assurer un service après-vente.** Le professeur Calais- Auloy a exposé les problèmes de droit de la consommation posés par cette obligation de service après-vente (456). Il préconise notamment la normalisation de tels contrats pour éviter la confusion dans l'esprit du consommateur entre toutes les actions qui lui sont ouvertes en cas de non-conformité. Ensuite, l'autre problème est relatif à l'indétermination du prix : en effet, lorsque le consommateur conclut un contrat de service après-vente, il ne connaît pas le prix des prestations futures. Enfin, il est regrettable, selon l'auteur, que le professionnel ne soit tenu à aucune contrainte quant à la disponibilité des pièces de rechange. L'article L. 111-2 du Code de la consommation oblige seulement le professionnel à indiquer la période pendant laquelle les pièces seront disponibles sur le marché, mais cet article n'est assorti d'aucune sanction.

330. — Nous avons ici brièvement exposé les différentes obligations auxquelles pourrait être tenu un professionnel de la distribution ou de la réparation automobile après la conclusion du contrat de vente ou de prestation de service, mais il est alors indispensable de préciser quels sont les débiteurs de ces obligations.

C. LES DEBITEURS DES OBLIGATIONS DE GARANTIE ET DE SERVICE APRES-VENTE

331. — Si par principe, le débiteur de ces obligations est le vendeur du produit, certaines pratiques commerciales, et notamment le développement des réseaux de distribution, sont à l'origine d'un élargissement de cette qualité de débiteur de l'obligation.

1°) Le fabricant

332. — **Fondement.** Le fabricant peut, tout d'abord, être tenu envers l'acheteur du fait de l'action directe que ce dernier détient ou parce qu'il s'y est engagé contractuellement. En pratique, il est fréquent que le fabricant délègue l'exécution de ces obligations de garantie et de services

(455) Req. 20 juin 1932, D.H. 1932, 460. Pour plus de détails sur la question Cf. P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(456) J. CALAIS – AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5ème éd., n° 242.

après-vente sur les épaules de ses distributeurs. Dans le cas où il s'est engagé à exécuter personnellement ces obligations, la question se pose du fondement juridique gouvernant son obligation, puisqu'il n'est pas partie au contrat de vente conclu par l'acheteur ; il s'agit au demeurant du même débat juridique relatif à l'action directe de l'acheteur contre tout intervenant de la chaîne contractuelle. Plusieurs justifications ont été avancées : l'on a pu un temps considérer qu'une stipulation pour autrui intervenait, ou bien encore que l'acheteur bénéficiait d'une telle action au titre d'une délégation parfaite selon qu'il agit contre le fabricant seul, ou imparfaite dans le cas où son action est dirigée à la fois contre le fabricant et le vendeur. D'autres auteurs ont affirmé qu'une cession tacite de créance de la garantie conventionnelle pouvait intervenir entre les acquéreurs successifs et qu'elle pouvait être transmise comme accessoire de la chose (457), mais un argument de taille s'oppose à de telles théories, selon le Professeur P. Ancel : le fabricant n'assume pas une telle obligation envers les vendeurs de ses produits (458). Ce dernier propose une analyse pertinente : il considère qu'un véritable contrat tacite intervient entre l'acheteur final et le fabricant ; ce contrat s'ajouterait au premier contrat entre le fabricant et le distributeur du produit et aurait pour unique objet l'exécution du service après-vente promis par lui (459). Il justifie sa théorie en précisant que le consentement de l'acheteur est émis de manière tacite puisque l'offre est faite dans son intérêt exclusif.

2°) Le vendeur- distributeur, membre du réseau

a. Fondement de l'obligation du distributeur

333. — **Effet du contrat de distribution.** L'acheteur peut se tourner vers n'importe quel membre du réseau, ceci est une manifestation caractéristique de ce que la doctrine a coutume de nommer l'interdépendance entre les différents membres d'un réseau de distribution. Lorsque le distributeur de véhicules automobiles assure toutes les obligations de garantie et de service après-vente, la situation est simple; il est tenu par son contrat de distribution d'exécuter ces obligations selon une politique mise en place par le concédant et cela lui ouvre droit à certaines primes en fin d'année. En cas de défaillance dans l'exécution de ces obligations, il est reconnu à l'acheteur une action directe contre le fabricant, qui est « *nécessairement contractuelle* » (460). Ce type de situation correspond aujourd'hui aux cas de distributeurs assurant les prestations de

(457) V. MALINVAUD, note sous Cass. 1ère 5 janvier 1972 : J.C.P.73, II, 17340 J. GHESTIN, Conformité et garanties dans la vente, LGDJ 1983, n°326.
(458) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(459) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.- P.ANCEL, *La garantie conventionnelle des vices cachés*, RDT com. 1979, p.203.
(460) Com. 17 mai 1982 ; Bull. civ. IV, n°182.

vente et de services après-vente. A ce titre, le contrat de distribution encadre précisément la teneur des obligations du distributeur : il peut lui imposer de disposer de certains équipements, de tenir à la disposition du client des techniciens qualifiés. En contrepartie, le fournisseur peut assister son distributeur dans cette tâche en lui proposant un catalogue de pièces de rechange ou une assistance technique et commerciale.

b. La responsabilité du distributeur sous-traitant

334. — **Carence du règlement.** La responsabilité du distributeur en cas de sous-traitance du service après-vente n'est pas abordée dans le règlement n°1400/2002 alors que le Comité économique et social européen avait émis de nombreuses réserves à ce propos dans son avis du 29 mai 2002 (461). Il avait notamment mis en exergue le problème dû aux *« difficultés d'appréciation liées à la responsabilité du vendeur aux termes de la directive 99/44, dans la mesure où le distributeur vient à perdre le contrôle des activités d'après-vente »* (462). Le considérant n°17 fournit quelques informations quant à cette responsabilité ; lorsque le distributeur a décidé de sous-traiter les services de réparation, les consommateurs doivent *« en pareil cas avoir la possibilité de s'adresser au distributeur si les services en question n'ont pas été assurés convenablement par le réparateur agréé auquel le distributeur les a confiés »*. Cependant le texte précise qu'il ne s'agit que des *« services en question »* définis comme les obligations de garantie-constructeur, le service gratuit et les rappels de véhicules. Afin de déterminer les conditions de responsabilité en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse de l'obligation de service après-vente au regard du règlement n°1400/2002, il faut en revenir aux solutions admises en matière de sous-traitance.

335. — **Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité en matière de sous-traitance.** La responsabilité de l'entrepreneur pourra être reconnue dans la mesure où le contrat de sous-traitance est conclu selon les termes de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1975 *« sous sa responsabilité »*. Cependant certaines conditions sont un préalable nécessaire à la reconnaissance de sa responsabilité. D'abord, il est évident que l'entrepreneur doit être personnellement engagé vis-à-vis du maître de l'ouvrage en ce qui concerne les prestations effectuées par le sous-traitant. Cela signifie que la prestation sous-traitée était à l'origine à sa charge, et qu'il a décidé de ne pas l'exécuter matériellement. En revanche, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, il reste le débiteur d'une obligation de faire. Ensuite, dès lors qu'il s'agit d'une responsabilité du fait d'autrui, il est impératif que la personne à qui incombe le devoir de réparer un quelconque dommage

(461) Avis du Comité économique et social sur le « projet de règlement de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans l'industrie automobile ».
(462) Cf. l'avis ci-dessus p.11.

devrait avoir le pouvoir d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité d'autrui (463).

336. — **La responsabilité du distributeur sous-traitant au regard du règlement n°1400/2002.** Au regard des objectifs du règlement n°1400/2002, il est peu probable que la Commission ait entendu faire peser sur le distributeur sous-traitant une telle responsabilité du fait d'autrui. Effectivement, dans la mesure où elle a souhaité libéraliser ce marché, permettre de nouveaux modes de distribution et qu'à ce titre elle a mis fin à l'obligation d'assurer un service après-vente, il ne serait pas logique de faire peser une responsabilité sur celui qui décide de se débarrasser de cette activité. Dès lors que le distributeur a prévenu son client qu'il n'assurait pas personnellement d'obligation de services après-vente, il ne serait pas tenu « *contractuellement* » envers lui d'une quelconque obligation de réparer le préjudice d'une mauvaise exécution d'un service après-vente effectué par un réparateur agréé du réseau. De plus, le règlement n°1400/2002 accorde une grande importance à la catégorie des réparateurs agréés, ils sont désormais des agents à part entière du réseau, il serait donc légitime d'exiger d'eux une obligation de réparer les dommages que leur activité pourrait causer. En revanche, si l'obligation d'assurer un service après-vente relevait d'une obligation de sécurité du vendeur comme nous l'avons exposé précédemment, la responsabilité du distributeur n'effectuant pas lui-même le service après-vente mais le confiant aux soins d'un réparateur agréé pourrait être reconnue.

337. — **Responsabilité et motif de résiliation du contrat.** Un contentieux a pu se développer à partir de cette délégation de service après-vente en cas d'inexécution de l'obligation par le distributeur, mais cela constitue-t-il un motif de résiliation du contrat de distribution ? Il semble que le concédant soit en droit d'utiliser un tel motif de résiliation lorsque l'inexécution porte une atteinte directe à son image de marque, mais à l'inverse le concédant qui ne permettrait pas à son distributeur d'exécuter convenablement les services après-vente pourrait être tenu d'une dette de dommages intérêts envers lui. Non seulement le distributeur s'engage à exécuter une obligation de service après –vente ou de garantie contractuelle à l'égard de ses propres acheteurs, mais aussi envers ceux ayant contracté avec d'autres distributeurs membres du réseau. De la même façon, il convient de rechercher le fondement juridique sur lequel repose son intervention pour, en pratique, déterminer les sanctions à attacher à une inexécution de ces obligations. Il est étonnant, d'un point de vue strictement juridique, qu'un agent économique soit tenu d'exécuter certaines obligations à l'égard d'acheteurs avec qui il n'a pas contracté.

(463) Droit de la responsabilité et des contrats, par P.LE TOURNEAU et L. CADIET, Dalloz Action 2000-2001, n°6359.

Deux explications sont possibles selon le professeur P. Ancel (464) : la première serait l'existence d'une stipulation pour autrui dans le contrat passé entre le constructeur et ses distributeurs, *« le fabricant stipule de son distributeur qu'il assurera certaines obligations au profit des tiers-acheteurs ».* L'autre analyse repose sur une promesse de porte fort au sens de l'article 1120 du Code civil, lorsque le service après-vente est prévu dans les conditions de garantie proposées par le fabricant à l'acheteur.

3°) Un tiers

338. — **Sous traitance.** Un vendeur peut charger contractuellement un tiers d'exécuter ses obligations de garantie et de service après-vente. En matière de distribution automobile, le contrat le plus fréquemment retenu est le contrat d'agence commerciale. Il s'agit alors pour l'agent commercial d'exécuter des prestations de service après-vente pour le compte de son mandant (le vendeur) mais non pas en son nom. C'est pour cette dernière raison que le Professeur P. Ancel qualifie très justement une telle relation de « *stipulation pour autrui contenue dans le contrat d'agence au profit des acheteurs* » (465). Il faut cependant convenir qu'une telle « *sous-traitance* » a été considérablement limitée du fait de la lettre du règlement n° 1400/2002 réduisant considérablement la catégorie de tiers puisque cela ne pouvait être qu'un réparateur agréé membre du réseau (article 4, g). Elle est remise en cause par le règlement n°461/2010 dès lors que « les accords de distribution sélective qualitative peuvent aussi entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1 du traité, si le fournisseur et les membres de son réseau agréé réservent explicitement ou implicitement les réparations de certaines catégories de véhicules automobiles aux membres du réseau agréé » (466). Cette situation est différente de celle qui vient d'être exposée précédemment car elle ne résulte pas du choix de l'acheteur, ce dernier a contracté avec un distributeur n'assurant pas lui-même le service après-vente, mais pour autant ce distributeur reste tenu de permettre au consommateur d'exercer tous ses droits découlant de la loi ou du contrat. La protection du consommateur ne doit pas être diminuée du fait de l'adoption de règles de concurrences plus libérales. La Commission se devait donc de préciser plus clairement comment se répartissaient les responsabilités en cas de défaillance dans l'exécution des obligations de garantie et de service après-vente, mais le règlement ne fournit presque aucun indice à ce propos.

(464) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(465) P. ANCEL, *Jurisclasseur Contrats- Distribution, services après-vente*, fasc. n°340.
(466) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°69.

PARAGRAPHE 2 : SERVICE APRES-VENTE ET DISTRIBUTION SELECTIVE

339. — Le contrat de distribution sélective repose sur une sélection par le fournisseur de distributeurs qui assureront la revente de ses produits de manière adéquate grâce à leur compétences et à leurs installations (467). Une des premières définitions légales de ce système est à rechercher dans le règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999 ; son article 1er, d) disposant qu'il s'agit d'un système *« dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels [...] uniquement 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 ».*

340. — Ce même règlement a distingué deux modes de distribution sélective sans pour autant les définir : la distribution sélective quantitative limitant au travers de ses critères le nombre des distributeurs et la distribution sélective qualitative. Ce dernier type d'organisation repose sur *« des critères de sélection purement qualitatifs, requis par la nature des biens, établis uniformément pour tous les distributeurs candidats [...] et appliqués de façon non discriminatoire et ne limitant pas le nombre de ces distributeurs »* (468). Ces critères de sélection obéissent aujourd'hui à des conditions de validité très strictes (A) et à défaut peuvent encourir la sanction des autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence (B).

A. LES CRITERES DE SELECTION DE LA DISTRIBUTION SELECTIVE

341. — Alors qu'on aurait pu penser qu'un fournisseur est libre de fixer discrétionnairement les critères de sélection de ses distributeurs du fait qu'il est maître des conditions de commercialisation de son produit, dans la réalité il n'en est rien. Afin de ne pas fausser artificiellement le jeu de la concurrence, le fournisseur ne peut imposer de critères restrictifs (1), et parmi ces critères restrictifs, la Commission réserve un traitement particulier à celui fondé sur l'obligation d'assurer un service après-vente (2).

1°) Les critères de sélection non restrictifs de concurrence

(467) J-P VIENNOIS, *La distribution sélective, contribution à l'étude du droit de la concurrence*, Litec 1999.

(468) Ces définitions sont tirées du règlement n°1400/2002 (article 1er-1, g pour la distribution sélective quantitative et article 1er-1, h pour la distribution sélective qualitative), il remédie aux lacunes du règlement n°2790/1999 qui ne précisait pas le sens exact de ces modes de distribution. Cependant le règlement n°1400/2002 ne fait que reprendre des définitions issues de la jurisprudence et qui étaient donc largement admises.

342. — **Identification.** Les critères de sélection des distributeurs seront considérés comme non restrictifs de concurrence dès lors qu'ils sont nécessaires à la bonne commercialisation des produits. Mais même dans le cas où certains critères ne seraient pas indispensables, ils pourraient persister en tant que critères de sélection valables par application de la règle de raison. Comment déterminer si un critère de sélection est restrictif de concurrence ou pas ? La méthode est aujourd'hui certaine, il suffit de *« mettre en balance l'atteinte à la concurrence constituée par l'élimination des distributeurs non sélectionnés et l'apport à la concurrence représenté par un meilleur service de distribution par le consommateur ou par la mise en place d'une nouvelle forme de distribution »* (469).

343. — **Exemples.** La jurisprudence a ainsi déclaré valable les critères de sélection des distributeurs fondés sur la nature du produit, la vente de ce produit nécessiterait une certaine compétence et des installations précises. Les critères liés à la compétence du distributeur sont légitimes dès lors qu'il s'agit de produit complexe et dont la commercialisation ne peut se passer de conseils techniques nécessaires à une bonne utilisation du produit. Les critères imposant des conditions d'installation des produits par le distributeur sont principalement fondés sur l'image de marque du produit ; le fournisseur est alors en droit d'imposer l'existence de service de réparation des produits, une certaine présentation des produits et même l'environnement direct de ses produits. Ce dernier critère de sélection, apparu récemment, consiste à imposer un emplacement précis des produits à coté des produits concurrents.

344. — **Produits de luxe.** Si la distribution des produits de luxe et des produits de haute technicité permit l'élaboration de ces critères de sélection, cela ne signifie pas pour autant qu'un produit ne rentrant pas dans ces deux catégories ne pourra être distribué de manière sélective, mais qu'une analyse approfondie de la nature du produit devrait être effectuée. Cette analyse développée par la jurisprudence (470) fut fort bien résumée par le Professeur Le Tourneau (471) ; selon lui deux aspects doivent être systématiquement vérifiés : d'abord la première étape objective consiste à apprécier les qualités intrinsèques du produit (472), ce n'est qu'ensuite la phase subjective d'analyse peut commencer. Cette seconde étape est selon l'auteur *« l'élément subjectif servant à valider l'élément immatériel du caractère objectif qui est l'image dont le produit bénéficie »* (473). Il s'agit de

(469) D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 3ème éd. 2002, n°584.
(470) TPI 12 décembre 1996, *Yves saint Laurent et Givenchy* ; Contrats, conc. consom. 1997, Comm. n°14, obs. L. VOGEL.
(471) Ph.LE TOURNEAU, Les contrats de concession, Litec, 2003, n°443 et s.
(472) C'est-à-dire « rechercher si le produit possède des qualités telles que la haute qualité ou technicité, et une face immatérielle, à savoir l'image dont il bénéficie » ; Ph.LE TOURNEAU, Les contrats de concession, Litec, 2003, n°443 et s.
(473) Ph.LE TOURNEAU, Les contrats de concession, Litec, 2003, n°443 et s.

vérifier qu'en plus d'être porteur d'une image de luxe, le produit est considéré comme tel par les consommateurs.

345. — **Validité de principe.** La Commission européenne et la Cour de justices des Communautés européennes admirent la validité de tels systèmes de distribution (474). Les juridictions de droit interne reprirent ces conditions de validité au nom de l'interdiction des pratiques discriminatoires, les formes de sélection ne devant pas exclure, à priori, certaines formes de distribution. Dès lors si la grande distribution satisfait aux critères fixés par le fournisseur elle peut être intégrée au réseau (475). Nous ne reviendrons pas sur une question déjà abordée dans cette étude, mais les juridictions communautaires décident traditionnellement que l'article 101, § 1 du Traité n'est pas applicable au contrat de distribution sélective dès lors que trois conditions cumulatives sont réunies. D'abord la nature du produit doit requérir une telle forme de distribution, ensuite les critères de sélection doivent être objectifs et le fournisseur doit appliquer le principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'ils doivent être strictement nécessaires pour garantir la vente dans de bonnes conditions.

346. — **Position de la Commission.** Cette appréciation favorable des critères de sélection de la distribution sélective ne préjuge pas de l'opinion de la Commission quant à leur opportunité économique. Le critère du service après-vente fut notamment fustigé par la Commission en raison, selon elle, de son effet anticoncurrentiel dès lors qu'il peut constituer une barrière à l'entrée difficilement surmontable (476).

2°) Le critère du service après-vente

347. — **Identification.** Les fournisseurs de produits de haute technicité, ou du moins présentant des caractéristiques techniques particulières, imposent parfois à leur distributeurs de disposer « *d'installations techniques aménagées et entretenues selon ses normes, de stocks de pièces de rechange, et d'embaucher un personnel qualifié capable d'intervenir rapidement* » (477). Ces différentes caractéristiques se regroupent sous la dénomination générale de service après-vente et sont généralement

(474) CJCE 25 octobre 1977, *Metro I*, Aff. 26/86, Rec. 1977, p.1875 ; commentaire in Les grands arrêts du droit communautaire, tome 2, p.280 et s : « *Les systèmes de distribution sélective ne seront pas considérés comme anticoncurrentiels à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel, de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire* ».
(475) Cass. Com. 21 octobre 1997 ; D. 1998, Somm. P.340, obs. D. FERRIER.
(476) Voir la démonstration relative à la notion de barrière à l'entrée appliquée à l'obligation d'assurer un service après-vente (1ère partie, titre second, Chapitre 1, section 1, paragraphe 1, A).
(477) Ph.LE TOURNEAU, Les contrats de concession, Litec, 2003, n°74 et s.

admises dans l'intérêt du consommateur attentif à l'existence de ces services.

348. — **Effet anticoncurrentiel.** Quelques exemples jurisprudentielles nous permettent de conclure que l'insertion d'un critère de sélection tel que l'existence d'un service après-vente n'a pas nécessairement un objectif anticoncurrentiel, contrairement à ce que semble penser la Commission en matière de distribution automobile. Nous limiterons cette analyse jurisprudentielle à deux arrêts significatifs, l'un a été rendu par le Conseil de la concurrence le 19 juillet 2001 (478) et plus récemment un arrêt de la Cour d'appel de Versailles (479) validant ce critère en lui assignant une portée considérable. Le Conseil de la concurrence eut à traiter du litige opposant la société Bausch & Lomb commercialisant la marque de lunettes Ray Ban et une enseigne de la grande distribution. Le représentant de la marque commercialisait le produit par un réseau de distribution sélective imposant une qualification professionnelle des distributeurs, un service après-vente et des obligations quant à la vitrine et au point de vente et à la politique de prix. La société Casino dénonça ces pratiques car ses critères étaient, selon elle, anticoncurrentiels. Il s'est agit à ce stade de l'étude de s'attacher plus particulièrement à l'obligation de service après-vente que le Conseil n'a pas qualifiée d'anticoncurrentielle. Au contraire, elle visait, selon le Conseil, à protéger l'image de marque de Ray Ban. Il condamna seulement la défenderesse du fait de sa pratique de prix imposés. L'autre arrêt traitant de l'obligation de service après-vente est celui rendu par la Cour d'appel de Versailles le 7 novembre 2002 (480). La Cour accorda à l'obligation d'assurer un service après-vente une dimension importante puisqu'elle la qualifia *« d'obligation de résultat »* justifiant la résiliation du contrat aux torts exclusifs du contractant débiteur de cette obligation.

B. L'INTERDICTION DES REFUS DE GARANTIE CONVENTIONNELLE

349. — **Sanction prévue par le règlement.** A coté de l'obligation de garantie légale, il a été précédemment évoqué la garantie constructeur d'origine contractuelle que tout vendeur est obligé d'exécuter, mais se pose alors la question des refus d'exécution de la garantie contractuelle que pourraient opposer certains distributeurs aux consommateurs ayant acquis

(478) Cons. Conc., 19 juillet 2001, n°01-D-45, *Sté Casino France* ; RJDA 2002, n°103 ; Les Petites affiches, 23 novembre 2001, n°234, p.9, obs. P.ARHEL. Cette décision est définitive dans la mesure où la société SA Bausch & Lomb s'est ensuite désistée de son recours.
(479) CA Versailles 7 novembre 2002 n°01-42, 12ème ch., 1ère section, *SA KPMG c/ SA Sécurinfor* ; RJDA 2003, n°378.
(480) CA Versailles 7 novembre 2002 n°01-42, 12ème ch., 1ère section, *SA KPMG c/ SA Sécurinfor* ; RJDA 2003, n°378.

leur véhicule chez un autre distributeur, ou par un réseau de distribution parallèle. Le considérant n°17 du règlement n°1400/2002 dispose que « *les accords qui n'obligent pas les réparateurs agréés dans le cadre d'un système de distribution d'un fournisseur à honorer les garanties, à offrir un service gratuit et à procéder au rappel de tout véhicule de la marque considérée vendu dans le marché commun constituent une restriction indirecte des ventes et ne doivent pas bénéficier de l'exemption. […]. En outre, dans le but de permettre aux distributeurs de vendre des véhicules automobiles aux utilisateurs finals dans l'ensemble du marché commun, l'exemption ne doit être applicable qu'aux accords de distribution qui obligent les réparateurs dans le cadre du réseau du fournisseur à assurer les services de réparation et d'entretien pour les biens contractuels et les biens correspondants, quel que soit le lieu de vente de ces biens dans le marché commun* » (481). Les dispositions du règlement et de sa brochure explicative sont particulièrement lacunaires sur ce point (482). Le règlement n°461/2010 envisage pour sa part le cas de la réservation explicite ou implicite aux seuls membres du réseau agréé (483). Cette situation correspond notamment à l'hypothèse qui subordonnerait l'exécution de la garantie du constructeur vis-à- vis de l'acheteur, qu'elle soit légale ou étendue, à la condition que l'utilisateur final fasse effectuer tous les travaux de réparation et d'entretien qui ne sont pas couverts par la garantie, exclusivement par les réseaux de réparateurs agréés. Dans ces cas, l'exemption ne pourrait être acquise. La Commission a envisagé la dimension anticoncurrentielle de l'obligation d'assurer un service après-vente, en sus des services de vente, mais ne s'est pas véritablement interrogée sur le refus de garantie que pourrait opposer un réparateur agréé face au véhicule acquis auprès d'un revendeur non-agréé, et notamment pendant la période durant laquelle la garantie contractuelle du constructeur s'applique (484). Si un tel refus est impossible pour les véhicules vendus par un autre membre du réseau (485), se pose néanmoins la question du refus opposé à un consommateur ayant acquis le

(481) La terminologie retenue par le règlement n°1475/1995 était davantage explicite ; l'article 5, paragraphe 1, point 1 dispose que « l'exemption n'est acquise qu'à condition :
1) que le distributeur s'engage:
a) à assurer aux véhicules automobiles de la gamme visée par l'accord ou correspondants à celle-ci, et qui ont été vendus par une autre entreprise du réseau de distribution dans le marché commun:
- la garantie ainsi que le service gratuit et celui consécutif à des actions de rappel correspondant à l'engagement qu'il doit remplir conformément à l'article 4 paragraphe 1 point 6,
- la réparation et l'entretien conformément à l'article 4 paragraphe 1 point 1, e) ».
A la lecture de cet article, il semble que ne sont visés que les véhicules vendus par une entreprise appartenant au réseau de distribution.
(482) Brochure explicative du REC 1400/2002, p.47 et 48.
(483) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°69.
(484) L'on doit alors en conclure que cette question relève du seul droit national.
(485) Sauf à ce qu'il soit fondé sur des difficultés techniques.

véhicule à un revendeur non agréé, sous réserve des intermédiaires qu'ils auraient pu mandater (486). Afin de répondre à une telle difficulté pratique, il est indispensable de se référer aux solutions relatives à d'autres types de contrats de distribution.

350. — **Service après-vente et distribution parallèle.** En matière de distribution sélective, la Cour de Justice, au sein de l'affaire Metro-Cartier (487), a admis la validité de principe des limitations de garantie du fabricant lorsque le produit en cause a été acquis auprès d'un revendeur hors réseau et sans que l'on puisse démontrer que l'approvisionnement de ce dernier ait eu lieu dans le respect des obligations contractuelles des autres membres du réseau. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation nous permettent de dresser un rapide bilan. Dans une première espèce en date du 07 octobre 1997, la Cour a rejeté le pourvoi en remarquant « *qu'il n'a pas été allégué que le loueur professionnel, auprès duquel s'approvisionnait le revendeur, ait acquis les véhicules litigieux en ne s'adressant pas, soit au fabricant, soit à des concessionnaires agréés. Il en découle, sur le fondement de l'article 5-1 du règlement n° 123/85 précité, repris par le règlement de la Commission CE n° 1475/95 du 28 juin 1995, que la « garantie constructeur» jouait à compter de la date initiale d'achat des automobiles par le loueur professionnel et se poursuivait après leur revente, le revendeur étant tenu de prendre en charge cette obligation de garantie auprès de l'acheteur final pour la période restant à courir* » (488). L'arrêt subordonne donc la garantie à la régularité de l'approvisionnement, le consommateur doit donc être conscient que plusieurs intervenants peuvent se succéder dans l'exécution de cette obligation de garantie et qu'il se peut que qu'une partie de la durée de la garantie soit écoulée. La Cour eut l'occasion de confirmer cette solution au sein d'un arrêt du 10 février 1998 (489) en constatant que dans

(486) Dans ce cas précis, l'intermédiaire mandaté par le consommateur a normalement acquis le véhicule auprès d'un distributeur agréé, donc le consommateur bénéficie, sauf clause contraire, de la même garantie constructeur proposée aux clients directs du distributeur.

(487) CJCE 13 janvier 1994, *Metro SB c/ Cartier SA (« Metro II »)*, Aff. C. 376/92, Rec. I, p.15 et s. ; Contrats, conc. consom. 1994, n°30, obs. L. VOGEL; Europe 1994, n°117, obs. L. IDOT; R. KOVAR, *Le dernier Metro, l'étanchéité des réseaux de distribution : un réseau peut être ouvert ou fermé*, CDE 1994, n° 4 ; European Law Review 1995, p.66 et s. obs. J. SHAW; BRDA 1994/3, p.13 – LPA 11 juin 1994, obs. L. CARTOU; Rev. du marché Comm. et de l'Union eur. 01/01/95, p.46 et s., obs. L. VOGEL. La Cour de cassation a confirmé une telle interprétation : Cf. Com. 18 octobre 1994, Bull. civ. IV, n° 310 ; D. 1996, Jur. p.311, note KRIMMER: « *c'est dans l'exercice souverain de son pouvoir d'appréciation du contrat conclu par la Sté Seiko et CGH que la cour d'appel a décidé que seuls les articles vendus par la Sté Seiko aux distributeurs par lui agréés bénéficiaient de la garantie internationale de marque* ».

(488) Com. 07 octobre 1997, *CNPA et a. c/ Verdan*; Bull.. IV, n°245; Contrats, conc. Consom. 1998, n°10, obs. L. VOGEL, Rev. Lamy droit des affaires 1998/1, p.16 ; D. 1998, Jur. p.206, obs. M. MALAURIE - VIGNAL; LPA 06 juil. 1998, p.20, obs. M. MALAURIE – VIGNAL.

(489) Com. 10 février 1998, *Givry c/ Sodirac* ; Bull.. IV, n° 65; Contrats, conc. Consom. 1998, Comm. n°61, obs. L. VOGEL; D. Aff. 1998/108, p.418, obs. E. C. ; JCP éd. E 1998, Jur. p.1044, note J.-Cl. FOURGOUX ; LPA 25 septembre 1998, p.18 et s., obs. M. MALAURIE - VIGNAL; D. 1998, Somm. Comm. p.331, obs. D. FERRIER.

la mesure où les véhicules revendus par le revendeur non agréé ont été acquis régulièrement auprès de concessionnaires français ou étrangers, de succursales des constructeurs ou de grossistes agréés par ceux-ci, la garantie constructeur était due (et plus largement que le revendeur hors réseau ne s'était pas rendu coupable de publicité mensongère en faisant figurer la mention « *garantie constructeur* » sur ses factures).

351. — **Garantie du revendeur hors réseau.** Consciente des difficultés que le consommateur pourrait rencontrer dans l'exécution de cette obligation de garantie, dite « *garantie constructeur* », lorsqu'elle est stipulée au contrat et est mise en avant par le vendeur non agréé, la Cour de cassation a entendu faire peser une telle obligation de garantie sur ce dernier. Ainsi, le 19 octobre 1999, elle a affirmé que « *l'opérateur non agréé est tenu d'assurer l'obligation de garantie auprès de l'acheteur final quelles que soient les modalités par lesquelles cette obligation s'exerce* » (490). A première vue, il semble que si la Cour de cassation met à la charge du vendeur non agréé l'exécution de cette obligation (491) ; pour autant elle ne fait reposer sa solution sur aucun fondement textuel. Elle ne pouvait utiliser en guise de fondement l'article 5, paragraphe 1, point 1 du règlement n°1475/1995 (précité) puisqu'il était impossible de caractériser précisément la licéité de l'approvisionnement du revendeur hors réseau, l'article en question ne visant que les ventes opérées par « *d'autres entreprises du réseau* ». La recherche d'un fondement devrait s'orienter vers le droit commun des contrats et, plus précisément, vers une justification reposant sur le mécanisme de la chaîne de contrat. L'on peut alors considérer que l'obligation de garantie- constructeur a été transmise tout au long de la chaîne jusqu'au dernier acquéreur par la simple transmission de la chose vendue (492). Dans cette perspective, la jurisprudence a admis que le vendeur originaire soit en droit d'opposer au sous-acquéreur tous les

(490) Com. 19 octobre 1999, *Le Brasseur c/ Sté Automobiles des garages Sorin et a.* ; JCP éd. G. 1999, Pan. p.1895, note J.-Cl. FOURGOUX; Contrats, conc. consom. 2000, Comm. n°6, obs. M. MALAURIE - VIGNAL; D. 2000, p.341, note L. MAUGER - VIELPEAU.

(491) Même s'il faut rappeler que la Cour n'était pas directement saisie des modalités d'exécution de cette obligation, mais du risque de confusion que pouvait créer la mention « garantie constructeur » portée sur les documents contractuels du vendeur non agréé.

(492) Nous ne reviendrons pas ici sur le fondement juridique d'une telle transmission, mais rappelons simplement que la théorie des groupes de contrats, et plus tard celle de l'accessoire ont pu un temps justifier une telle transmission, ces justifications ont ensuite été remplacées par la notion de transmission « intuitu rei ». Parmi une abondante littérature point, et plus largement sur la notion d'action directe dans les chaînes de contrats, notre choix a été porté sur les contributions les plus récentes qui ont le mérite de synthétiser les apports théoriques et jurisprudentiels récents : P.ANCEL, *Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après, in Mélanges A. Ponsard*, Litec, 2003, p.3 ; C. LISANTI - KALCZYNSKI, *Dix ans après l'arrêt Besse, que reste-t-il de l'action directe dans les contrats* ?; JCP 2002, I, 102 ; P.PUIG, *Faut-il supprimer l'action directe dans les chaînes de contrats ?, Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.913 ; D. MAINGUY, *L'actualité des actions directes dans les chaînes de contrats, in Mélanges J. Béguin*, Litec 2005.

moyens de défense qu'il peut opposer à son propre contractant (493). Or dans le cas où le consommateur entendrait mettre en œuvre la garantie constructeur dont il bénéficie directement auprès du constructeur (le plus souvent face à une défection de la part de son propre vendeur) ou le vendeur hors réseau, qui ayant exécuté l'obligation, désirerait exercer une action récursoire, le constructeur pourrait opposer le caractère irrégulier de l'approvisionnement. Contrairement à Mme L. Mauger-Vielpeau (494), nous pensons qu'il peut valablement opposer cette circonstance dans la mesure où le contrat que le lie à son distributeur agréé est particulièrement explicite sur ce point, en ce sens que certaines reventes hors réseau sont prohibées (tout le moins en respectant les dispositions du règlement d'exemption applicable). Mme L. Mauger-Vielpeau considère, pour sa part, que « *c'est le premier contrat qui est transmis : celui passé par le fabricant avec n'importe quel revendeur. Ce contrat ne peut pas receler d'approvisionnement illicite et donc la garantie sera toujours due à l'acheteur final malgré le caractère illicite des approvisionnements ultérieurs* » (495). Elle ajoute que le constructeur pourra refuser de mettre en œuvre cette garantie lorsque « *une clause du contrat conclu entre le vendeur originaire, ici le fabricant, et le vendeur intermédiaire [exclut] la garantie du constructeur en cas d'approvisionnement illicite et d'une manière plus générale en cas de vente hors réseau* » (496).

352. — Nous pensons au contraire que la clause ne doit pas explicitement exclure la mise en œuvre de la garantie constructeur en cas de revente hors réseau, qu'il suffit que les ventes hors réseau qui peuvent être interdites le soient, dans ce cas il n'y a aucune raison que cette obligation soit transmise puisque la chose en elle-même ne pouvait être vendue (497). Le résultat d'une telle jurisprudence, respectueuse des principes gouvernant les chaînes de contrat, oblige les revendeurs hors réseau, qui présenteraient la garantie constructeur en argument de vente alors qu'elle ne pourrait obliger le constructeur, à l'exécuter eux-mêmes et à leurs seuls frais, l'on verrait alors se substituer à cette garantie constructeur une « *garantie distributeur* » selon les mots de M. J.-Cl. Fourgoux (498).

(493). Civ. 1ère 07 juin 1995 ; Contrats, conc. consom. 1995, Comm. n° 159, note L. LEVENEUR; D. 1996, p.395, note D. MAZEAUD; JCP éd. G. 1995, I, 3893, obs. G. VINEY; JCP éd. E. 1996, 617, n°6, obs. D. MAINGUY.
(494) L. MAUGER – VIELPEAU sous Com. 19 octobre 1999, *Le Brasseur c/ Sté Automobiles des garages Sorin et a.* ; D. 2000, p.341.
(495) L. MAUGER – VIELPEAU sous Com. 19 octobre 1999, *Le Brasseur c/ Sté Automobiles des garages Sorin et a.* ; D. 2000, p.341.
(496) L. MAUGER – VIELPEAU sous Com. 19 octobre 1999, *Le Brasseur c/ Sté Automobiles des garages Sorin et a.* ; D. 2000, p.341.
(497) En pratique, il serait cependant judicieux de régler précisément ce problème lors de la rédaction du contrat cadre !
(498) J.-Cl. FOURGOUX sous Com. 19 octobre 1999, *Le Brasseur c/ Sté Automobiles des garages Sorin et a.* ; JCP éd. G. 1999, Pan. p.1895.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

353. — Le critère de sélection lié à l'obligation d'exécuter des prestations de service après-vente apparait donc anticoncurrentiel puisqu'il écarterait du marché de nombreux opérateurs. D'un point de vue sémantique, il pourrait être qualifié de barrière à l'entrée. Sa disparition a suscité le développement de nouveaux acteurs du secteur : les réparateurs indépendants et les réparateurs agréés. Pour permettre à ce nouveau système d'exister, il était impératif pour la Commission de libéraliser le marché de la pièce de rechange et donc de limiter corrélativement les prérogatives des constructeurs sur ces fournitures.

354. — Ce choix opéré par la Commission n'est pas sans conséquence. Outre que l'exercice de services après vente ne peut plus être un critère de sélection opposé aux candidats à l'entrée dans le réseau, il emporte aussi une modification des conditions de la responsabilité des distributeurs qui entendraient sous – traiter cette prestation, sauf à considérer qu'il reste seul tenu vis-à-vis du consommateur, à l'instar des solutions appliquées en matière de sous traitance.

CHAPITRE SECOND : LES NOUVEAUX MODES DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

355. — **Elargissement.** L'identification des effets anticoncurrentiels du contrat de distribution automobile à partir de la nouvelle approche économique privilégiée par la Commission et des solutions apportées par la Cour de Justice aux contentieux qui lui étaient soumis est à l'origine des modes de distribution proposées au sein du règlement d'exemption n°1400/2002 et renouvelés par le règlement n°461/210. A côté du choix « *classique* » entre distribution sélective et distribution exclusive, la Commission a tenté d'élargir les opportunités commerciales des distributeurs et a réduit dans le même temps celle des constructeurs en prohibant le cumul traditionnellement pratiqué entre distribution sélective et exclusive (Section 2). Ces nouveaux modèles contractuels qui étaient offerts aux acteurs de la distribution automobile n'ont pas produit l'effet escompté puisque ces derniers ont quasiment tous opté pour le système de distribution sélective quantitative.

356. — **Effet corset.** Cette uniformisation des pratiques est directement liée aux priorités concurrentielles de la Commission et se trouve accentuée par l'appréciation juridictionnelle des règlements d'exemption. La question de l'autorité du règlement est aujourd'hui précisée puisque la Cour de Justice a énoncé, à plusieurs reprises, qu'un règlement d'exemption se limite à établir des conditions qui, si elles sont remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et par conséquent à la nullité de plein droit prévues par l'article 85 § 1 et 2 du traité CEE. Elle a pu ajouter qu'un tel instrument juridique n'établit pas de prescriptions contraignantes qui affecteraient directement la validité ou le contenu des clauses contractuelles et qu'il ne serait être question d'obliger les parties à adapter le contenu de leur accord (499). En pratique, si les parties conservent leur liberté contractuelle, il n'en demeure pas moins que l'incitation à se conformer au règlement est extrêmement forte et parfois « *pesante* ». Le risque juridique est d'autant plus accru par la sanction que constitue la non exemption de l'accord dans son entier lorsqu'il est constaté une clause restrictive de concurrence, dite clause noire. L'autorité d'un règlement d'exemption tel que celui applicable au secteur automobile a ainsi pour conséquence directe une normalisation des contrats adoptés par les parties (Section 1).

(499) CJCE 18 décembre 1996, VAG c/ Magne, aff. C-10/86, Rec. p.4071 ; JCP 1987, II, 20821, concl. J. MISCHO, note P.DURAND ; JDI 1987, p.461, obs. M.-A HERMITTE – CJCE 15 février 1996, Grand garage albigeois et a. c/ Massol, aff. C-226/94, Rec. I, 667.

SECTION 1 : L'AUTORITE DU REGLEMENT

357. — Comme l'a démontré rigoureusement Mme H. Aubry (500), l'influence du droit la concurrence d'origine communautaire ne cesse de perturber notre droit interne des contrats, ce constant pouvant s'expliquer « *par le fait que le droit de la concurrence est le principal instrument de la réalisation de l'intégration économique des Etats membres : l'importance de l'objectif explique le caractère parfois radical des moyens employés* » (501). L'un des instruments privilégié par la Commission lorsqu'il s'agit de faire évoluer le droit de la concurrence communautaire est la technique du règlement d'exemption par catégorie. Ce type de norme présente plusieurs avantages et permet, notamment, de dessiner un cadre de sécurité juridique pour les entreprises (502) dès lors qu'elles s'efforcent de rédiger leurs contrats en considération de ce règlement, un tel avantage est aujourd'hui accru par l'adoption du règlement n°1/2003 prônant la décentralisation dans la mise en œuvre des règles de concurrence d'origine communautaire. L'autre avantage avéré concerne la tâche de la Commission ; elle s'en trouve simplifiée puisqu'elle n'est pas dans l'obligation d'examiner chaque accord notifié, et qu'au surplus l'application du droit de la concurrence s'en trouve ainsi harmonisée.

358. — Lorsqu'il est question de mesurer la force obligatoire des règlements n°1400/2002 et 461/2010, il est judicieux de s'en référer aux solutions admises pour l'application des règlements n°123/1985 et n°1475/1995 (Paragraphe 1), tout en opérant une réactualisation de celles-ci à la suite de l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003 (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'APPARENTE ABSENCE DE FORCE OBLIGATOIRE

359. — L'étude de l'arrêt de principe *VAG c/ Magne* est un impératif (A) puisque la Cour y a posé une règle d'interprétation précise et non remise en cause par la suite (B).

(500) H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PU Aix Marseille 2002, n° 154 et s. Pour d'autres contributions sur le sujet, voir notamment *Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle, in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur A. Rieg*, Bruylant, 2000, p.129 et s.

(501) H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PU Aix Marseille 2002, n° 154

(502) M. E. CLAUDEL a pu qualifier ces règlements d'exemption « d'instruments de normalisation » au sein de son ouvrage *Ententes concurrentielles et droit des contrats*, Thèse Nanterre 1995.

A. LA SOLUTION DE L'ARRET VAG C/ MAGNE

360. — **Principe.** L'adoption de règlements d'exemption spécifiques a entraîné une série de questions préjudicielles dont la Cour de justices des Communautés européennes a été saisie. Les juridictions nationales des Etats membres de l'Union étaient, en effet, peu habituées à cet outil juridique et adoptèrent des solutions parfois contradictoires. La Cour tenta une réponse de principe par l'arrêt *VAG c/ Magne* en date du 18 décembre 1996, pour autant le débat n'est pas pour autant fixé et suscite encore quelques interrogations. Par cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes a répondu à la question préjudicielle posée par le Tribunal de Grande Instance de Paris relative à l'interprétation du règlement n°123/1985 concernant l'application de l'article 85 §3 (devenu l'article 101 §1) du Traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (503). Le tribunal devait trancher le litige opposant un concédant et son concessionnaire exclusif; ces derniers étaient liés par des contrats- types de durée égale à un an, mais après l'entrée en vigueur du règlement n°123/1985 (504), le concédant proposa à son partenaire la conclusion d'un contrat à durée indéterminée tout en faisant dépendre cette conclusion de certains objectifs de vente.

361. — Le concessionnaire refusa une telle proposition et exigea la signature d'un nouveau contrat à durée déterminée de 4 ans en faisant valoir que le contrat en cours devait être mis en conformité avec le règlement n°123/1985. Le Tribunal se trouvait donc face à deux possibilités ; soit déclarer que le contrat en cours devait être mis en conformité avec le règlement n°123/1985, de sorte que celui-ci devenait un contrat à durée déterminée de 4 ans, ou considérer, au contraire, que ce règlement ne faisait que frapper de nullité les clauses d'exclusivité et de non- concurrence, voire l'ensemble du contrat, jusqu'à expiration du contrat ou jusqu'à ce que les parties aient conclu un nouveau contrat. Précision faite que l'entrée en vigueur du nouveau règlement ne permettait plus aux constructeurs d'imposer à leurs contractants certaines clauses d'exclusivité et de non-concurrence.

362. — La question du tribunal pouvait donc se résumer de la façon suivante : le règlement n°123/1985 est-il à interpréter en ce sens que son article 5, §2 établit des prescriptions contraignantes affectant directement la validité du contrat dans son ensemble ou certaines de ses clauses, ou

(503) CJCE 18 décembre 1996, *VAG c/ Magne*, aff. C-10/86, Rec. p.4071 ; JCP 1987, II, 20821, concl. J. MISCHO, note P.DURAND ; JDI 1987, p.461, obs. M.-A HERMITTE.

(504) Le règlement dans son article 5, §2 subordonnait le bénéfice de l'exemption aux accords de distribution automobiles visés par le texte à condition que l'accord soit de durée indéterminée avec un préavis de résiliation égale à un an, ou qu'il soit de durée déterminée conclu pour une durée minimale de 4 ans.

oblige-t-il seulement les parties à adapter le contenu de leur contrat pour le mettre en conformité avec le règlement ?

363. — La Cour de justice a répondu que le règlement n°123/1985 se limitait à donner aux opérateurs économiques du secteur certaines possibilités leur permettant, malgré la présence de certaines clauses anti-concurrentielles dans leur accord, de le faire échapper à l'interdiction de l'article 81 §1 (devenu 101§1). Mais ce règlement n'imposait en aucun cas aux parties de faire usage obligatoirement de ces possibilités, il n'avait pas non plus pour effet de modifier le contrat ou de le rendre nul en cas de non respect de ses conditions. Les règlements d'exemption ne confèrent pas « *à l'une ou à l'autre des parties le droit d'exiger de l'autre l'adaptation du contrat aux dispositions du règlement, ou inversement, d'interdire à l'autre de proposer un contrat qui comporte des obligations qui ne peuvent pas figurer dans le contrat pour bénéficier de l'exemption automatique* » (505). Dans un second temps, la Cour a indiqué quelle devait être la réponse d'une juridiction nationale face à un contrat qui contreviendrait aux dispositions d'un règlement d'exemption par catégorie. La juridiction saisie devrait apprécier si cette incompatibilité avait pour conséquences la nullité au regard de l'article 81, §2 (devenu 101§2) et ainsi déterminer si la nullité de l'accord devait être prononcée ou s'il fallait seulement adjoindre aux parties d'adapter leur contrat.

364. — **Méthode retenue.** Quelle est donc l'analyse privilégiée par la Cour de justice des Communautés européennes ? On peut légitimement déduire de sa solution qu'elle recommande en réalité de revenir à l'article 101, §1, c'est-à-dire rechercher si un accord a un objet ou un effet anticoncurrentiel et apprécier éventuellement cette nullité au regard de la règle de raison contenue dans cet article (506). Dans le cas où cet objet ou effet anticoncurrentiel serait avéré, le juge devra appliquer l'article 101, §2 pour déterminer les conséquences de l'incompatibilité de l'accord au règlement d'exemption.

B. REGLEMENTS D'EXEMPTION PAR CATEGORIE ET JURIDICTIONS NATIONALES

365. — **L'arrêt Poch.** Un des premiers arrêts de la Cour de cassation rendu en la matière est celui opposant la société Poch représentante de la marque Lada en France et son concessionnaire la

(505) Conclusions de l'avocat général J. MISCHO; CJCE 18 décembre 1996 ; Aff. 10/86, *Vag France c/ Etablissements Magne*, Rec. 1986, 4081, n° 4. A fortiori, Mme E. CLAUDEL a précisé que ces règlements ne procurent pas « *un droit de substitution de plein droit des dispositions du règlement aux clauses du contrat qui ne leur sont pas conformes* » (E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse Paris X, 1994, n°384).
(506) Cf. introduction de la présente étude.

société Palais de l'auto en date du 9 mai 1990 (507). La Cour d'appel (508) avait énoncé que le contrat était atteint de nullité faute de mise en conformité avec le règlement de la Commission n°123/1985. A défaut de cette mise en conformité, la responsabilité de la rupture incombait au concédant. Evidemment, une telle solution encourait la cassation de la haute juridiction dès lors que quelques années auparavant la Cour de justice s'était prononcée en sens inverse (509). La Cour de cassation mettait ainsi fin à une certaine habitude des juridictions du fond à prononcer systématiquement la nullité des conventions incompatibles avec le règlement d'exemption (510) et donc à nier la solution rendue par la CJCE. La Cour de cassation reprend l'attendu de la l'arrêt VAG c/ Magne et décide qu'un *« accord ne remplissant pas les conditions posées par le règlement d'exemption n'est pas nécessairement nul ».* Un auteur a justifié ce résultat non seulement par l'existence du principe développé dans cet arrêt, mais aussi au regard de nos règles de droit interne à savoir que la *« validité ad initio du contrat et de ses clauses n'était pas affectée [...] et que seule une loi d'ordre public expressément rétroactive ou déclarant formellement modifier les contrats en cours pourrait entraîner la nullité »* (511).

366. — Que faut-il comprendre par la formule de la Cour de cassation selon laquelle ces accords incompatibles avec le règlement ne sont pas *« nécessairement nuls »* ? Cela signifie que, dans un second temps, la juridiction saisie doit en revenir au droit commun de la concurrence communautaire, à savoir l'article 101 §1 et parfois prononcer la nullité sur le fondement du paragraphe 2 de cet article et non pas au regard du paragraphe 3. Pour ce faire, elles doivent opérer une analyse détaillée et motivée de toutes les clauses susceptibles d'avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, et de déterminer en quoi elles étaient de nature à avoir un effet sensible sur le commerce entre Etats membres. Et même dans le cas où une juridiction déciderait qu'une clause de durée non- conforme au règlement entraîne la nullité, il n'est pas certain que la sanction soit étendue à tout l'accord. Le juge devra s'attacher à rechercher si la clause « *est considérée comme une*

(507) Com. 9 mai 1990 ; Bull.civ. IV, n°136 - D. 1990, Jur., p.509, obs. P. JOURDAIN – JCP éd. G 1990, IV, 256 – JCP éd. G. 1990, I, 20101; Gaz. Pal. 1er août 1990, Jur. p.20 - Gaz. Pal. 05 octobre 1990, Pan., p.150.
(508) CA Versailles, 5 mai 1988 ; Gaz. Pal. 1988, 2, 876 ; D. 1990, IR, p.141. Une solution similaire avait été rendue par la Cour d'appel de Paris le 23 mars 1989 (CA Paris, B, 23 mars 1989, *Euro garage c/ Renault* ; RTD. 1989, p.537, obs. J. Mestre - Gaz. Pal. 1989, Jur., p.251.
(509) CJCE 18 décembre 1996, *VAG c/ Magne*, aff. C-10/86, Rec. p.4071 ; JCP 1987, II, 20821, concl. J. MISCHO, note P.DURAND ; JDI 1987, p.461, obs. M.-A HERMITTE.
(510) CA Paris, B, 23 mars 1989, *Euro garage c/ Renault* ; RTD. 1989, p.537, obs. J. Mestre - Gaz. Pal. 1989, Jur., p.251.
(511) Com. 9 mai 1990 ; D. 1990, Jur., p.509, obs. P. JOURDAIN.

cause impulsive et déterminante du contrat » (512), si cela est le cas il pourra étendre la nullité à l'ensemble du contrat.

367. — **L'arrêt SA Cabour.** La cour d'appel de Douai (513) eut à traiter de la compatibilité de l'action en droit interne en concurrence déloyale et le droit au multimarquisme. Elle dut avoir recours à l'aide de la Cour de justice. La société SA Cabour, concessionnaire exclusif Citroën, et la société SA Nord distribution automobile, concessionnaire exclusif Peugeot, estimaient que l'activité de la SARL Arnor consistant en la vente de véhicules de marque Citroën et Peugeot sans appartenir au réseau des deux marques considérées, était constitutive d'un acte de concurrence déloyale. Cependant, le tribunal de commerce de Douai refusa cette qualification au regard de deux considérations ; principalement, il décida que les contrats de concession exclusive Peugeot et Citroën étaient incompatibles avec le règlement n°123/1985 et donc inopposables à la société défenderesse, qu'ensuite dès lors que cette dernière s'était approvisionnée régulièrement elle ne pouvait avoir violé les contrats de concession. L'incompatibilité des accords de concession se justifiait selon le Tribunal du fait de la présence d'une clause de non- concurrence et d'une clause d'objectifs non exemptées par le règlement.

368. — **Questions préjudicielles.** La cour d'appel de Douai, saisie par les requérantes déchues, posa plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes, dont une relative aux conséquences de la non-conformité de clauses contractuelles au règlement d'exemption. La CJCE répondit le 30 avril 1998 (514) en reprenant les solutions de l'arrêt Vag c/ Magne mais en l'accompagnant de nombreuses précisions utiles. Elle rappela qu'un règlement d'exemption par catégorie reste un *« simple cadre juridique »* qui n'a pas pour effet de rendre nul un accord que ne remplirait pas les conditions d'exemption, de plus ces règlements ne créent *« aucune présomption de droit relativement à l'interprétation à donner à l'article 81 § 1 du Traité ».* Plus intéressante est la seconde partie de la réponse de la Cour de justice ; elle précise que « *lorsque des clauses ne remplissent pas les conditions prévues par un règlement d'exemption, elles ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de l'article 81 § 1 que si de façon cumulée, d'une part elles ont pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et, d'autre part, elles sont de nature à affecter le commerce entre Etats membres ».* Les juridictions nationales procédant à cette analyse devront de plus replacer l'accord *« dans son contexte économique et juridique ».* Afin d'encourager les juridictions des Etats membres à procéder

(512) Com. 9 mai 1990 ; D. 1990, Jur., p.509, obs. P. JOURDAIN.
(513) CA Douai, 2ème ch. 1er févier 2001 ; D. 2001, Comm. p.3178, obs. C. PRIETO, contrats, conc. consom 2001, n°62, obs. S. POILLOT - PERUZZETTO.
(514) CJCE 30 avril 1998, *Stés Cabour et Nord Distribution c/ Sté Arnor* ; Contrats, conc. consom, 1998, n°92, obs. L. VOGEL – P. ARHEL, LPA 998 n° 94, p.28.

comme tel, la Cour apprécie chaque clause au regard de cette grille de lecture pour en conclure à la nullité des contrats en cause à compter de l'entrée en vigueur du règlement n°1475/1995, antérieurement à cette date le contrat était valable. Cette précision de la Haute juridiction communautaire était attendue et fixe définitivement la force obligatoire que l'on doit accorder aux règlements d'exemption, mais en ce qui concerne exclusivement le droit interne cet arrêt entraînerait une *« neutralisation de l'action en concurrence déloyale »* (515).

369. — **Conclusion.** L'arrêt de Vag c/ Magne et ses interprétations jurisprudentielles (516) ont fait pressentir aux commentateurs la conséquence directe de ces solutions quant à la force obligatoire des règlements d'exemption ; en apparence les parties seraient libres de rédiger leur contrat comme elles l'entendent en s'écartant *« à leurs risques et périls des dispositions réglementaires »* (517). Mais en pratique, il est probable que peu d'agents prendront ce risque et *« on voit ainsi comment, indirectement, les règlements d'exemption peuvent contribuer à modeler le contenu des rapports contractuels »* (518). Il semble donc que même si les règlements d'exemption ne peuvent avoir de force obligatoire au sens strict du terme, ils ont néanmoins un rôle incitateur certain et créent un « *effet de persuasion* » par la mise en place d'un corps de règles quasi contraignantes (519). Dès ces arrêts, *« l'effet corset »* des règlements était une réalité, la Commission parvenait alors en mettre en œuvre une politique de concurrence uniforme.

PARAGRAPHE 2 : REGLEMENT D'EXEMPTION ET REGLEMENT CE N°1/2003

370. — **Présentation du règlement CE n°1/2003.** Donner aux entreprises de l'Union une véritable « *culture concurrence* » (520) et permettre

(515) C. PRIETO sous CA Douai, 2ème ch. 1er févier 2001 ; D. 2001, Comm. p.3178.
(516) Pour d'autres exemples : Com. 16 avril 1991 ; Bull.. IV, n°149 ; RTD. com. 1992, p.222, obs. B. BOULOC – Com. 27 novembre 1991 ; Actualités communautaires 1992, février, p.11 et 12 – Com. 10 décembre 1991 ; Contrats, conc. consom. 1992, Comm. n° 70, obs. L. LEVENEUR; Actualités communautaires 1992, février, p.17 – Com. 09 novembre 1993 ; Bull.civ. IV, n° 386 ; JCP éd. G. 1994, IV, 64. La Cour de cassation belge a adopté des arrêts similaires face à cette question de l'autorité d'un règlement d'exemption par catégorie ; Cass. 19 mars 1998 – Cass. 06 octobre 1995, in D. VAN BUNNE, *La distribution automobile*, Chronique de jurisprudence 1998-2005, éd. Larcier, p.64 et s.
(517) Com. 9 mai 1990 ; D. 1990, Jur., p.509, obs. P. JOURDAIN.
(518) Com. 9 mai 1990 ; D. 1990, Jur., p.509, obs. P. JOURDAIN.
(519) M.-S. KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats*, Etude de droit comparé, France, Egypte, URSS, LGDJ, 1967, p.76.
(520) Sous couvert de moderniser le droit de la concurrence, certains auteurs considèrent au contraire que l'objectif de la Commission dépassait largement cette volonté de modernisation, il s'agissait plutôt d'opérer une véritable révolution, sur ce point Cf. la brillante démonstration de Mme M.-A. FRISON- ROCHE, *A propos du règlement communautaire sur l'application des articles 81 et 82 du Traité : variations sur les lois de modernisation, in La*

une application efficace du droit matériel de la concurrence, tels sont l'objectif du législateur communautaire par l'adoption du règlement n° 1/2003 (521). Le système antérieur issu du règlement n° 17/62 du 06 février 1962 (522) était cristallisé, pour ne pas dire figé, autour de la compétence exclusive de la Commission dans la mise en œuvre des articles 81 et 82 du Traité CE, il s'agissait alors de respecter deux impératifs :

- La mise en place d'un espace économique européen,
- Faire du principe de concurrence le moteur de l'économie de cet espace économique.

371. — L'application du règlement n° 17/62 avait suscité principalement deux difficultés majeures :

- L'exemption prévue par le paragraphe 3 de l'article 81, §1 du Traité ne pouvait être accordée que sous la forme d'une décision ou d'un règlement d'exemption après que l'entreprise ait déposé une notification préalable,
- La Commission était compétente de manière exclusive pour prendre d'une telle décision ou arrêter un règlement d'exemption.

372. — Ces deux éléments ont été stigmatisés par le Livre Blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité

---

modernisation du droit de la concurrence, sous la direction de G. CANIVET, Préface de M.-A. FRISON- ROCHE, éd. LGDJ, mars 2006, p.31 et s.

(521) Règlement (CE) n° 1/2003, 16 décembre 2002 ; JOCE 4 janvier 2003, n° L 1, p.1. Commentaires : R. KOVAR, *Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité*, D. 2003, Chron. 478 – L. IDOT et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions*, JCP éd. E 2001, p.160 – L. IDOT, *La modernisation du droit de la concurrence*, JCP éd. G 2003, actualité, p.1 – L. IDOT, *Premières vues sur le nouveau règlement de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Europe 2003 – L. IDOT et J.-B. BLAISE, *Chronique de droit de la concurrence*, RTD eur. 2003, p.287 – L. IDOT, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Cah. dr. eur. 2004 – L. IDOT, *Le futur « règlement d'application des articles 81 et 82 CE » : chronique d'une révolution annoncée*, D. 2001, p.1370 – J. BASEDOW, *La renationalisation du droit communautaire de la concurrence*, RAE 2001-2002, n° 1, p.92 – P. ARHEL, *Modernisation des règles de concurrence relatives à la mise en œuvre de l'interdiction des ententes et abus de position dominante*, Petites affiches 2 avril 2003, p.6 – S. REIFEGERSTE, *L'articulation du droit communautaire de la concurrence et du droit national de la concurrence*, JCP éd. G 2003, I, n°125 – E. CLAUDEL, *A propos du règlement 1/2003*, LPA 20 mai 2003, p.7 - Ph. RINCAZAUX, *Règlement CE n° 1/2003 : quels changements ?*, Rev. Lamy dr. Aff. 2003, n°61, n° 3821, BRDA 2004, n°8, p.14, *Règlement CE n° 1/2003 : vers une communautarisation du droit de la concurrence et une nationalisation de se mise ne œuvre ?* (1ère partie et 2ème partie) ; Bull. d'actu. Lamy Droit économique, n°162 et 163, mai et juin 2003 – L. VOGEL, *Réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité CE : les conséquences pratiques du « paquet modernisation »*, JCP éd. E 2004, n° 1389 – P. ARHEL, *Concurrence* (mise en œuvre par les autorités et juridictions nationales), Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire – C. NOURISSAT et R. WITTERWULGUE, *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Dalloz, 2004.

(522) Règlement (CEE) n° 17/62, 06 février 1962 ; JOCE, 21 février 1963, n° L 13, p.204.

CEE (523) et ont par la suite justifiées les innovations mises en place par le règlement n° 1/2003. Ces innovations avaient pour but avoué de simplifier la procédure, d'améliorer l'efficacité des règles de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (A) et de permettre une application uniforme au sein de l'Union des articles 81 et 82 du Traité CE (B).

A. LES PRINCIPES DU REGLEMENT N° 1/2003

373. — Par l'adoption de ce nouvel instrument procédural la Commission a mis fin au système d'autorisation préalable qu'elle n'était plus en mesure de réguler (1) et a opté pour un contrôle ex-post (2).

1°) Le précédent système d'autorisation préalable

374. — **Rôle prépondérant de la Commission.** L'article 101 du Traité CE répond d'une construction que l'on peut résumer de la façon suivante, il s'agit de poser en principe la prohibition des accords et pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, d'y attacher ensuite un certain nombre de sanctions et enfin d'établir en troisième lieu une dérogation à l'interdiction.

375. — Cette dernière dérogation peut être accordée à l'entreprise sous la forme d'un règlement d'exemption aux termes desquels l'article 81, §1 du Traité CE est déclaré inapplicable à des catégories d'accords répondant à certaines caractéristiques, ou encore par le biais d'une décision de la Commission déclarant ce même article inapplicable au cas qui lui est soumis, la décision n'ayant qu'une portée individuelle. Ainsi, la Commission était le seul organe compétent pour examiner les potentiels effets anticoncurrentiels d'une pratique notifiée par l'entreprise en cause, période d'examen durant laquelle les entreprises ayant notifié leur accord ne pouvaient recevoir d'amende de la part de la Commission.

376. — A ce titre, la Commission était seule compétente pour que ces deux types de dérogations soient accordées, elle adoptait les règlements d'exemption et accordait exclusivement les autorisations demandées par les entreprises parties à l'accord sous la forme d'une notification, en aucun cas ces autorisations pouvaient être accordées par une autre autorité. Cette exclusivité a pu susciter de nombreuses critiques de la part des Etats membres y voyant une atteinte directe à leur souveraineté et est très

(523) Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE ; JOCE C 132 du 12 mai 1999, p.1.

certainement à l'origine des carences dans l'application du droit communautaire (524).

2°) Le nouveau système d'exception légale

377. — **Responsabilisation des entreprises.** Ce système correspond à la situation dans laquelle les entreprises ne sont plus dans l'obligation de notifier à la Commission les accords qu'elles considèrent comme pouvant bénéficier d'une exemption (525). La sécurité juridique antérieure que constituait l'analyse *a priori* de la pratique par la Commission n'est plus, les entreprises sont désormais dans l'obligation de mesurer elles-mêmes les risques de la pratique qu'elles entendent mettre en place. Pour ce faire, l'entreprise doit vérifier les conditions d'application de l'article 101, §1 du Traité CE et si l'accord satisfait aux exigences exonératoires du paragraphe 3 de ce même article. Par principe, si ces conditions exonératoires ne sont pas vérifiées et qu'aucun règlement d'exemption ne trouve à s'appliquer, l'accord est prohibé sans que la Commission ait à l'affirmer.

378. — **Flexibilité.** Une telle pratique procédurale n'est pas sans risque pour les entreprises (526), notamment du fait de la rétroactivité de la nullité édictée par l'article 101, §2 du Traité CE (527). En revanche, elle présente au moins l'avantage de la souplesse. En effet, la procédure de notification présentait des lourdeurs indéniables et était source de coûts supplémentaires. De plus, la tâche sera néanmoins facilitée par « *la simplification des règlements d'exemption par catégories, par des règlements*

(524) Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE ; JOCE C 132 du 12 mai 1999, p.1, paragraphe n°100 : « *En raison du monopole d'exemption inscrit dans le règlement n° 17, les juridictions nationales ne peuvent pas appliquer positivement le paragraphe 3 de l'article 85. Comme elles n'ont pas le pouvoir d'appliquer l'article 85, paragraphe 3, les entreprises peuvent en pratique bloquer l'action judiciaire par une notification à la Commission. Ce phénomène est un obstacle majeur à une application accrue des règles de concurrence par les juridictions nationales […]* ».
(525) Règlement (CE) n° 1/2003, 16 décembre 2002, art. 1er : « 1. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité qui ne remplissent pas les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.
2. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité qui remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité ne sont pas interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.
3. L'exploitation abusive d'une position dominante visée à l'article 82 du traité est interdite, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet. »
(526) L. IDOT et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions*, JCP éd. E 2001, p.160.
(527) CJCE 6 février 1973, *Brasserie de Haecht II*, Aff. C-48/72 ; Rec. p.77.

d'exemption excluant des catégories d'accords du bénéfice des règlements d'exemption, et par des lignes directrices » (528).

379. — **Insécurité juridique limitée.** A cet inconvénient majeur d'insécurité juridique, l'on peut répondre tout d'abord qu'il faut noter que la jurisprudence de la Cour de Justice tend au rétrécissement du champ d'application de l'article 101, §1 du Traité (529) et dès lors les besoins d'exemption sont d'autant réduits, l'on objectera cependant que « *l'intérêt de la Commission [...sera alors de...] donner un sens large à ce texte* » (530). Ensuite, il est vrai que les règlements d'exemption sont de plus en plus nombreux et tendent à englober une importante part de l'activité économique dans l'Union, mais il n'empêche que « *ces règlements n'exemptent pas les accords conclus entre entreprises qui ne détiennent pas plus d'une certaine part de marché, non les autres* » (531).

B. LA MISE EN ŒUVRE DU REGLEMENT N° 1/2003

380. — Si le rôle de la Commission se trouve désormais considérablement limité et concentré sur deux axes principaux : la politique générale de concurrence et la poursuite des comportements les plus répréhensibles (2), le bilan tiré de l'application du règlement n°1/2003 par les juridictions nationales n'est pas sans susciter d'inquiétudes (1).

---

(528) R. KOVAR, *Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité*, D. 2003, Chron. 478. Un auteur remarque judicieusement à ce propos que « l'*on peut s'interroger sur la valeur du « précédent » de la jurisprudence alors qu'elle porte surtout sur l'article 81,§1 et non 81,§3, et que d'autre part, la Commission a clairement entamé depuis 1999 un virage vers une approche plus économique et moins formaliste du droit de la concurrence et en particulier de l'article 81,§3* » (Ph. RINCAZAUX, *Règlement CE nº 1/2003 : quels changements ?*, Rev. Lamy dr. Aff. 2003, n°61 - BRDA 2004, n°8, p.14, *Règlement CE n° 1/2003 : vers une communautarisation du droit de la concurrence et une nationalisation de se mise ne œuvre ?* (1ère partie) ; Bull. d'actu. Lamy Droit économique, n°162, mai 2003.

(529) Cf. par exemple : TPI 6 juillet 2000, *Volkswagen AG c/ Commission des Communautés européennes*, Aff. T-62/98 ; Contrats, Concurrence, Consommation, décembre 2000, p.15, 16, 17, note S. POILLOT- PERUZZETTO, E. CHEVRIER, *Volkswagen est condamné au titre des ententes pour avoir cherché à cloisonner le marché italien de vente de véhicules neufs de ses marques*, D. 2000, Act. Jur, p.350 ; C. PRIETO, Journal du droit international (Clunet), 2/2001, p.657 et s. - TPI 3 décembre 2003 ; P. ARHEL, LPA, 15 mars 2004, n°53, p 12- TPI 26 octobre 2000, Aff. T-41/96, *Bayer AG c/Commission*, Rec. CJCE II, p.3383. Il faut ici mentionner le fait que cet arrêt a fait récemment l'objet d'un pourvoi en cassation (CJCE 6 janvier 2004, Aff. Jointes C-2/01 et C-3/01, *BAI et Commission c/ Bayer AG*.

(530) Ph. RINCAZAUX, *Règlement CE nº 1/2003 : quels changements ?*, Rev. Lamy dr. Aff. 2003, n°61 - BRDA 2004, n°8, p.14, *Règlement CE n° 1/2003 : vers une communautarisation du droit de la concurrence et une nationalisation de se mise ne œuvre ?* (1ère partie) ; Bull. d'actu. Lamy Droit économique, n°162, mai 2003.

(531) Ph. RINCAZAUX, *Règlement CE nº 1/2003 : quels changements ?*, Rev. Lamy dr. Aff. 2003, n°61 - BRDA 2004, n°8, p.14, *Règlement CE n° 1/2003 : vers une communautarisation du droit de la concurrence et une nationalisation de se mise ne œuvre ?* (1ère partie) ; Bull. d'actu. Lamy Droit économique, n°162, mai 2003.

1°) La mise en œuvre par les instances nationales

381. — Même si le texte du règlement définit précisément le rôle qui est dévolu aux instances et autorités nationales (a), les quelques exemples jurisprudentiels dont nous disposons sont significatifs des progrès à réaliser (b).

a. Mise en œuvre théorique

382. — **Solution de compromis.** Alors que la proposition de règlement du 27 septembre 2000 (532) prévoyait l'application exclusive du droit communautaire de la concurrence par la Commission dès lors que la condition d'affectation du commerce entre Etats membres était remplie, mettant ainsi fin au système de « *double barrière* », une solution de compromis moins audacieuse fut choisie au sein du règlement n° 1/2003. Le règlement n° 1/2003 autorise désormais les autorités nationales de concurrence (533) et les juridictions nationales (534) à appliquer l'article 101, §1 dans son ensemble selon les règles de procédure de leur droit national (535). De la même façon, elles seront compétentes pour retirer le bénéfice de l'exemption par catégories lorsque l'accord ou la pratique en cause produit des effets incompatibles avec l'article 101, §3 sur le territoire d'un Etat membre, ou sur une partie de celui-ci, qui présente les caractéristiques d'un marché géographique distinct (536). Cette application duale des deux sources de droit que sont le droit communautaire et interne de la concurrence était déjà latnte par la simple application du principe de primauté du droit communautaire, principe qui au demeurant doit être relevé d'office par le juge (537).

383. — **Innovation majeure.** En réalité, la possibilité pour les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales d'appliquer l'article 101, §3 du Traité CE est une solution particulièrement

(532) Proposition de règlement du 27 septembre 2000, Doc. COM (2000) 582 final, article 3 ; JOCE 19 décembre 2000, n° C 365 E, p.284.
(533) Cette notion recouvre une réalité précise qu'il convient à ce stade de l'étude d'expliciter ; aux termes d'une jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés, il s'agit de « juridictions spécialisées chargées d'appliquer la législation nationale sur la concurrence ou de contrôler la légalité de cette application par les autorités administratives » (CJCE 30 janvier 1974, Aff. 127/73, *BRT c/ Sabam*, Rec. CJCE p.51).
(534) Selon la communication sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales (Communication 2004/C101/04 de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, (JOCE n°C 101, 27 avril 2004), ces dernières sont « *les cours et tribunaux d'un Etat membre qui, dans les procédures administratives ou pénales, peuvent appliquer les articles 81 et 82 CE et saisir d'un recours préjudiciel la Cour de justice.* ».
(535) Article 5 et 6 du règlement n° 1/2003.
(536) Article 29, §2 du règlement n° 1/2003.
(537) CJCE 14 décembre 1995, Aff. Jointes C-430 et C-431/93, *Van Schijndel* ; Rec. CJCE I, p.4705 – G. CANIVET et J.- G. HUGLO, *L'obligation pour le juge d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van schijndel et Peterboreck* ; Europe, 1996, n° 4, p.1.

originale et novatrice, c'est d'aileurs sur ce dernier point que les critiques ont été les plus importantes. En effet, il est légitime de douter de la capacité des juges à mettre en œuvre les critères économiques de l'article 81, §3 du Traité, sauf aux Etats membres à créer des juridictions spécialisées (538). Quant aux autorités nationales de concurrence, une telle critique n'est, *a priori*, pas de mise dans la mesure où leurs membres sont spécialisés.

384. — **L'appréciation de la condition d'affectation du commerce entre Etats membres.** Une autre critique réside dans l'importance donnée au critère d'affectation du commerce entre Etats membres « *qui donne lieu à des interprétations parfois curieuses tant des autorités communautaires elles-mêmes que des autorités nationales* » (539), les autorités nationales optant pour une interprétation stricte de ce critère alors que la Commission a préféré une interprétation large afin d'élargir ses compétences. Afin d'en faciliter la mise en œuvre, la Commission a publié des lignes directrices (540), pour autant, malgré ce vœux pieux, ces quelques lignes d'explications n'ont « *qu'une fonction pédagogique, car elle ne comporte pas d'élément nouveau par rapport à la jurisprudence antérieure* » (541).

---

(538) Cf. par exemple en France les articles L. 420-7 du Code de commerce : « *Sans préjudice des articles L. 420-6, L. 462-8, L. 463-1 à L. 463-4, L. 463-6, L. 463-7 et L. 464-1 à L. 464-8, les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L. 420-1 à L. 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribués, selon le cas et sous réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction, aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce dont le siège et le ressort sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également le siège et le ressort de la ou des cours d'appel appelées à connaître des décisions rendues par ces juridictions* ».

(539) L. IDOT, *Le futur « règlement d'application des articles 81 et 82 CE » : chronique d'une révolution annoncée*, D. 2001, p.1370.

(540) Communication de la Commission 2004/C101/07- Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité ; JOCE n° C 101 du 27.04.2004. La Commission a précisé notamment que « *la notion de "commerce entre États membres n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement [...] la condition de l'existence d'une affectation du commerce "entre États membres" suppose qu'il doit y avoir une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux États membres* ». Quant la notion de "*susceptible d'affecter*", elle suppose que « *l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres* ». Enfin, l'affectation du commerce entre Etats membres doit être sensible, cette sensibilité pouvant être évaluée « *notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause. L'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce et, notamment, de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position sur le marché des entreprises en cause* » (sous réserve cependant de l'application de la communication concernant les accords d'importance mineure).

(541) L. IDOT, *Publication du paquet modernisation qui accompagne le règlement n°1/2003* ; Europe n° 6, Juin 2004, Comm. 219.

b. Mise en œuvre pratique

385. — **Interprétation des contrats de bière par les juges du fond.** La crainte que certains ont pu émettre face au nouveau rôle des tribunaux de commerce dans l'application du droit communautaire de la concurrence serait-elle fondée ? Les arrêts de la Chambre commerciale du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg rendus les 03, 04 février 2005 et 03 mai 2005 (542) nous permettent d'étudier une des premières illustrations de cette nouvelle compétence. Il s'agissait dans les trois affaires d'un contrat d'approvisionnement exclusif de bière conclu par des cafetiers avec un brasseur (543). Ce type de contrats de distribution était alors régit par le règlement n° 2790/1999 de la Commission en date du 22 décembre 1999 qui qualifie les obligations d'approvisionnement exclusif contenues au sein de ces accords de « *clauses de non concurrence* » susceptibles de favoriser le monomarquisme.

386. — **TGI Strasbourg (ch. com.), 3 févr. 2005, *Brasseries Kronenbourg c/ SARL Café Victor Hugo***. Dans cette première affaire, le contrat d'approvisionnement était conclu pour 7 ans à compter du 1er juillet 1998 en contrepartie d'une aide financière du brasseur. A la date de conclusion ce contrat, le règlement alors applicable était le règlement n°1984/83 (544). Par la suite, le cafetier a cessé ses approvisionnements, le brasseur et l'entrepositaire l'ont assigné afin de faire constater la rupture du contrat et obtenir des dommages intérêts. Le défendeur évoquait la nullité du contrat de bière au regard de l'article 81 § 1 du Traité de Rome et du règlement d'exemption n°2790/1999 du 22 décembre 1999 relatif aux accords comportant des restrictions verticales. Le cafetier soutenait notamment que la clause de non-concurrence étant conclue pour 7 ans, elle ne pouvait être exempté par le règlement n°2790/1999. Le Tribunal estime au préalable que l'exemption accordée par l'ancien règlement se trouvait

(542) TGI Strasbourg (ch. com.), 3 févr. 2005, n°03/01568, *Brasseries Kronenbourg c/ SARL Café Victor Hugo*- TGI Strasbourg (ch. com.), 4 févr. 2005, n°02/01205, *Brasseries Kronenbourg c/ SARL JBEG-TGI Strasbourg* (ch. com.), 3 mai 2005, n°02/00030, *Brasseries Kronenbourg c/ « Relais des Sabres »* ; Contrats Conc., consom Juillet 2005, Comm. 139 par S. POILLOT- PERUZZETTO - V. SELINSKY, *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence*, RLC 2005, n° 3.- L. IDOT, Europe n° 6, juin 2005, Comm. n° 216.

(543) Contrats de bière : accord d'achat exclusif par lequel le brasseur s'assure sur le long terme, d'un monopole de vente de ses produits par les débitants de boissons en contrepartie d'avantages financiers ; le brasseur s'engage à mettre à disposition du débitant des équipements, ou à consentir des prêts d'argent ou des subventions en contrepartie de l'obligation de se fournir exclusivement en bières de sa marque. Ce type d'accord est régit par le règlement CE n°2790/1999 de la Commission européenne en date du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, § 3 du traité, à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, ce règlement qualifie ces obligations d'approvisionnement exclusif de « clauses de non concurrence » susceptibles de favoriser le monomarquisme au détriment d'une diversité permettant au client de choisir.

(544) Règlement (CEE) n 1984/83 de la Commission, du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif ; JO n L 173 du 30.6.1983.

prolongée durant toute la période transitoire prévue par le règlement n°2790/1999, à savoir jusqu'au 31 décembre 2001. Le Tribunal s'interroge ensuite sur la part de marché et conclut que la part de marché de 30 % n'est pas dépassée par le fournisseur (545). Il prend néanmoins soin de préciser que quand bien même la part de marché du fournisseur serait supérieure à 30 %, la clause envisagée ne pourrait être écartée. L'analyse du tribunal est quelques peu déroutante : il considère que les effets anticoncurrentiels de la clause doivent s'apprécier à partir du 1er janvier 2002, date d'expiration de la période transitoire et donc de l'application du règlement n°1984/83, et qu'ainsi à cette date là, la clause avait une durée inférieure à 5 ans ! Une telle méthode n'a pas échappé à la critique (546), puisqu'en effet, la durée de la clause, par là son effet anticoncurrentiel, devait s'apprécier à la date de conclusion du contrat et non pas à la date d'entrée en vigueur du règlement. D'autre part, les commentateurs reprochent aux Juges consulaires de ne pas avoir retenu de présomption « *négative* » face une telle clause, ceci d'autant plus que les contrats de bière ont maintes fois été significatifs d'un effet cumulatif de réseau, effet non évoqué dans le texte du jugement (547).

387. — L'autre erreur majeure, et non la moindre commise par le Tribunal, démontre les lacunes du système. Pour rejeter l'ensemble des prétentions du cafetier, le Tribunal affirme « *qu'il appartient en effet à la défenderesse de faire la démonstration que l'accord est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* » ; l'inversion méthodologique est flagrante puisqu'en pratique, l'analyse de l'affectation du commerce entre Etats membres n'intervient que dans un second temps, lorsque l'objet ou l'effet de l'accord ont été étudiés.

(545) Pour une critique spécifique sur l'analyse erronée du Tribunal, et notamment quant au marché pertinent retenu : V. SELINSKY, *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence*, RLC 2005, n° 3, pts n° 9, 10,11. Très schématiquement, le Tribunal définit le marché pertinent comme étant celui de la bière et considère que le marché géographique à considérer est le territoire national. Cette analyse lapidaire a pu susciter certaines critiques, et notamment celle de Mme Sélinsky qui expose au contraire une analyse documentée et précise d'un tel marché. Cette lacune du Tribunal strasbourgeois dans la délimitation pertinent est, pour l'auteur cité, révélateur de « *l'inadaptation actuelle des procédures, ou des juridictions, de droit commun devant la complexité du droit de la concurrence* ». La détermination de la part de marché au sein de ces divers jugements n'est pas satisfaisante, au sein du premier jugement le Tribunal estime que l'étude produite par le débitant de boisson est « floue » et « imprécise », alors pourtant que de nombreux autres documents et indices auraient permit au Tribunal de conclure que la part de marché du fournisseur en question dépassait ce seuil des 30 %.

(546) Contrats Conc., consom Juillet 2005, Comm. 139 par S. POILLOT- PERUZZETTO - V. SELINSKY, *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence*, RLC 2005, n° 3.- L. IDOT, Europe n° 6, juin 2005, Comm. n° 216.

(547) Mme Sélinsky remarque sur ce point que « *il est de notoriété publique que Kronenbourg (ainsi d'ailleurs que le second brasseur français Heineken) a conclu des accords d'exclusivité avec un nombre très important de débitants de boissons, la conclusion de ces contrats étant grandement facilitée par l'intégration verticale réalisée grâce aux acquisitions d'entrepôts* » ; *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence*, RLC 2005, n° 14.

Le Tribunal commet enfin une dernière erreur en requérant des parties qu'elles démontrent une telle affectation du commerce entre Etats membres puisque s'agissant de la question de l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence, un tel office incombe à la Juridiction amenée à statuer. En tout état de cause, il apparait que l'atteinte au commerce entre Etats membres s'entend plus largement, notamment du fait de la décision de la Commission européenne du 29 septembre 2004 concernant le marché de la bière (548). La Commission a affirmé au sein de cette décision que « *il suffit que des éléments objectifs de droit ou de fait montrent, avec un degré de probabilité suffisant, qu'il peut exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres* » pour que l'accord soit considéré comme anticoncurrentiel (549).

388. — **TGI Strasbourg (ch. com.), 4 févr. 2005, *Brasseries Kronenbourg c/ SARL JBEG-TGI.*** La seconde affaire concernait un cafetier lié au brasseur Kronenbourg par un contrat d'exclusivité de dix ans conclu en 1994. Le repreneur du fonds, vendu en 2002, s'était engagé à reprendre ce contrat ; toutefois, dès la signature de l'acte de vente, il cessait de s'approvisionner auprès du brasseur Kronenbourg qui l'assignait en 2002 en demandant la résiliation du contrat aux torts du débitant. Ce dernier, s'appuyant sur le règlement communautaire n°1/2003, a alors demandé au juge d'interroger la Commission européenne sur la licéité des contrats de bière, compte tenu de l'effet cumulatif résultant du grand nombre d'accords verticaux de même nature conclus entre les brasseurs et les débitants de boissons. Cependant, le Juge a estimé qu'il n'était pas tenu à une telle demande et a débouté le cafetier repreneur. L'analyse reste lapidaire : « *Attendu que Monsieur C. n'a pas démontré ni même allégué que l'on se trouve en présence d'une convention prohibée par l'article 81 par 1 du traité CE [...] il n'y a pas lieu dans ces conditions à nullité de la clause non exemptée* »

389. — **TGI Strasbourg 3 mai 2005, *Brasseries Kronenbourg c/ « Relais des Sabres ».*** Le troisième jugement évoque la question de l'affectation du commerce entre États membres dans les mêmes conditions que celle de la première affaire. Le Juge conclut pareillement « *qu'à défaut de preuve rapportée par le défendeur sur l'affectation du commerce entre États membres, il n'y a lieu ni de demander un a vis à la Commission, ni de conclure à la nullité* ».

390. — Deux solutions permettraient d'éviter ces écueils : la formation de Juges spécialisés officiant au sein de Juridictions spécialisées

(548) Comm. CE 29 septembre 2004; *Brasseries Kronenbourg, Brasseries Heineken* ; Aff. n°COMP/C.37750/B2.
(549) V. SELINSKY, *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence*, RLC 2005, n° 8.

et le développement de la coopération entre les autorités européennes et nationales de concurrence (550).

2°) Mise en œuvre par la Commission

391. — Les compétences résiduelles de la Commission après l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003 s'articulent autour de deux objectifs : l'orientation générale de la politique de concurrence et la poursuite des infractions aux effets anticoncurrentiels retentissants.

392. — **Orientation générale.** Face au risque d'incohérence que pourrait entraîner la décentralisation de l'application du droit communautaire de la concurrence, la Commission a entendu conserver la maîtrise de la l'orientation de la politique de concurrence. Un premier outil à sa disposition était la coopération entre elle et les autorités et juridictions nationales de concurrence, mais il fut jugé insuffisant par la Commission. Malgré ces vœux, le législateur communautaire ne lui a pas donné pleinement satisfaction. En ce qui concerne la compétence liée aux règlements d'exemption, elle reste conditionnée à une habilitation du Conseil (551). En revanche, la Commission reste libre, sous réserve que l'intérêt public communautaire soit atteint, d'agir d'office par le biais d'une décision individuelle constatant que l'article 101, §1 est inapplicable à un accord, une décision d'associations entre entreprises, ou à une pratique concertée soit parce que les conditions de cet article ne sont pas remplies, ou parce qu'il répond aux exigences de l'article 101, §3 (552).

393. — **Infractions graves.** La Commission conserve une pleine et entière compétence en ce qui concerne les infractions les plus graves au droit de la concurrence communautaire, elle peut notamment ordonnées des mesures de contrôle, constater ces infractions au sein d'une décision et en ordonner la cessation, et enfin prononcer des sanctions.

394. — **Conclusion de la section 1.** L'arrêt de Vag c/ Magne et ses interprétations jurisprudentielles (553) ont fait pressentir aux commentateurs la conséquence directe de ces solutions quant à la force obligatoire des règlements d'exemption ; en apparence les parties seraient libres de rédiger leur contrat comme elles l'entendent en s'écartant *« à leurs*

(550) V. SELINSKY, *Quand les juges du commerce appliquent le droit de la concurrence*, RLC 2005, n° 8.
(551) Article 29 du règlement n° 1/2003.
(552) Article 10 du règlement n° 1/2003.
(553) Pour d'autres exemples : Com. 16 avril 1991 ; Bull.. IV, n°149; RTD. com. 1992, p.222, obs. B. BOULOC – Com. 27 novembre 1991; Actualités communautaires 1992, février, p.11 et 12 – Com. 10 décembre 1991; Contrats, conc. consom. 1992, Comm. n° 70, obs. L. LEVENEUR; Actualités communautaires 1992, février, p.17 – Com. 09 novembre 1993 ; Bull. civ. IV, n° 386 ; JCP éd. G. 1994, IV, 64.

risques et périls des dispositions réglementaires » (554). Mais en pratique, il est probable que peu d'agents prendront ce risque, et *« on voit ainsi comment, indirectement, les règlements d'exemption peuvent contribuer à modeler le contenu des rapports contractuels »* (555). Il semble donc que même si les règlements d'exemption ne peuvent avoir de force obligatoire au sens strict du terme, ils ont néanmoins un rôle incitateur certain. Il n'en fallut pas davantage pour voir alors poindre ce qu'on a pu nommer l'effet de persuasion par la mise en place d'un corps de règles quasi contraignantes (556), *« l'effet corset »* des règlements était une réalité (557), la Commission parvenait alors en mettre en œuvre une politique de concurrence uniforme, mais qui paradoxalement se voulait de moins en moins concurrentielle…

SECTION 2 : LA PORTEE DU REGLEMENT

395. — **Distribuer en réseau ?** En guise d'introduction, il peut être opportun de s'arrêter quelques instants sur les justifications économiques qui peuvent conduire un constructeur automobile à organiser la distribution de ses produits en réseau (558). Plusieurs théories se sont succédées, la première d'entre elles fut la théorie des services énoncée par L. Tels en 1960 (559) ; le producteur a intérêt, pour développer son activité et l'image de ses produits, d'exiger de ses distributeurs qu'ils offrent aux consommateurs un certain nombre de services sur le lieu de vente, or pour cela il est obligé de procéder à une sélection rigoureuse des agents susceptibles d'offrir ces services. Ce choix de la distribution sélective présentera cependant quelques effets anticoncurrentiels (560), mais qui ne seront pas synonymes de diminution de l'efficience. L'autre théorie qui a pu justifier le choix évoqué est la théorie de l'agence ; le distributeur (l'agent)

(554) Cass., com. 9 mai 1990 ; D. 1990, Jur., p.509, obs. P. JOURDAIN.
(555) Cass., com. 9 mai 1990 ; D. 1990, Jur., p.509, obs. P. JOURDAIN.
(556) M.-S. KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats, Etude de droit comparé, France, Egypte, URSS*, LGDJ, 1967, p.76.
(557) De nombreux auteurs ont contesté vivement cette intrusion de la Commission dans les relations contractuelles des entreprises : Cf. par exemple : F.-C. JEANTET et R. KOVAR, *Les accords de distribution et de services automobiles et l'article 85 du Traité CEE, Etude du projet de règlement de la Commission des Communautés européennes*, RTD. eur. 1983, p.548 – L. VOGEL, *La distribution automobile à l'épreuve du règlement d'exemption n°123/85* ; Dr. patr. com. int. 1992, Tome 18, n°4, p.577 – G. DAVERAT, *Réflexions sur une tentative de « génocide économique »*; Gaz. Pal. 1984, octobre p.84.
(558) M. NUSSENBAUM, *L'analyse économique de la distribution sélective*; RJDA 4/95, p.316 et s.
(559) Cité par M. Nussenbaum dans l'article précité.
(560) M. Nussenbaum évoque trois effets principaux :
- une réduction de la concurrence entre les distributeurs d'un même bien
- l'augmentation de la demande globale pour le bien,
- l'augmentation de l'efficience si l'accroissement de satisfaction des consommateurs supplémentaires attirés par les services additionnels mis en place est supérieure à la réduction de satisfaction des consommateurs qui s'estimaient suffisamment informés et préféraient acquérir le bien sans service complémentaire mais à un prix inférieur.

est placé dans une relation « *d'agence* » avec le fournisseur (le principal) qui le charge d'une partie de ses pouvoirs pour réaliser certaines tâches, ici la distribution de ses produits. En pratique, des divergences d'objectifs surviennent le plus souvent entre ces deux opérateurs, elles obligent « *le principal* » à mettre en œuvre un certain nombre de procédures de contrôle pour s'assurer de l'efficience de son réseau, la procédure la plus efficace restant celle de la sélection en amont de ces distributeurs potentiels. Enfin, organiser un réseau de distribution peut être commandé par le souci de réduire l'incertitude économique dans laquelle sont placés le constructeur et les distributeurs en fixant des prix de revente, ou en accordant un territoire d'exclusivité.

396. — Si en théorie les systèmes de distribution exclusive ou sélective restent « *disponibles* » juridiquement sous réserve de respecter les seuils prévus par le règlement (Paragraphe 1), la fin du cumul entre ces deux types de réseaux de distribution et le développement de nouvelles opportunités commerciales telles que le multimarquisme et le droit d'ouvrir des points de vente supplémentaires constituent de réelles alternatives au modèle traditionnel de distribution du secteur automobile (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES MODES DE DISTRIBUTION DISPONIBLES

A. LA DISTRIBUTION EXCLUSIVE

397. — Un réseau de distribution exclusive répond à des caractéristiques précises (1), mais se distingue du réseau organisé de manière sélective de part la liberté de revente de ses membres (2).

1) Les caractéristiques du contrat de distribution exclusive

398. — **Identification.** Le revendeur lié par un contrat de distribution exclusive se voit conférer le droit exclusif de vendre les produits du fournisseur sur un territoire défini (561), il bénéficie sur ce territoire d'un « *monopole de la revente* ». En contrepartie, le fournisseur s'engage à ne vendre qu'à lui dans le territoire d'exclusivité, en revanche, en dehors de ce territoire, il se réserve le droit de commercer avec quiconque. Cette référence au territoire est la caractéristique essentielle du contrat de distribution exclusive (562) mais elle n'est plus aussi impérative. En effet, le

(561) L'exclusivité peut aussi revêtir d'autres formes, elle peut par exemple être une exclusivité rattachée à la clientèle.
(562) Cf. T. com Paris, 4 août 1976 « *Le contrat de concession exclusive ne signifie rien s'il ne s'accompagne pas d'un privilège du concessionnaire dans la zone concédée* » ; LPA, 10 juin 1977.

législateur et le Juge communautaires communautaires condamnent toute exclusivité territoriale absolue, synonyme de cloisonnement de marché.

399. — **Obligations respectives.** Les obligations des deux partenaires sont clairement définies :

- le concédant s'engage à respecter le secteur géographique accordé dans le cadre d'une sorte de *« clause de non concurrence produisant ses effets durant la vie contractuelle »* (563). Il ne pourra installer un autre agent dans ce territoire, et il ne pourra décider de vendre lui-même directement à la clientèle les produits qu'il commercialise.
- A l'opposé, le distributeur exclusif ne doit pas empiéter sur les territoires des autres distributeurs du réseau, mais il reste libre de vendre à tout autre revendeur indépendant de son territoire.

400. — **Discrimination.** Le recrutement des distributeurs exclusifs n'est pas exempt de critiques dans la mesure il s'opère le plus souvent à la discrétion du fournisseur *« sans nécessité de recourir à des critères de sélection objectifs, et essentiellement en fonction d'un élément par définition subjectif, en l'occurrence l'intuitu personae ou firmae »* (564). Cette grande liberté de sélection discrétionnaire offre une grande liberté aux constructeurs, en revanche l'exemption par catégorie ne joue que dans la limite du seuil de 30 % de parts de marché.

2) La liberté de revente des distributeurs exclusifs

401. — La liberté de revente du distributeur exclusif est double, d'abord il est libre de revendre à quiconque à l'intérieur de son territoire d'exclusivité (a), ensuite, en dehors de celui-ci, il reste libre de pratiquer des ventes passives (b).

a. La revente aux revendeurs non agréés

402. — **Principe.** En théorie, la revente aux agents non membres du réseau de distribution a toujours été possible, cependant au nom d'un *« gentleman agreement »* qui était de mise dans le secteur, aucun distributeur exclusif ne s'est risqué à cette entreprise. Après l'adoption du règlement n°1400/2002, il n'est pas certain que la situation persiste en l'état dès lors que les revendeurs non agréés ont pu se porter candidats aux

(563) Voir l'ouvrage d'Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, préface Y. SERRA, LGDJ 2000, n°114 et s.
(564) R BERTIN, *Analyse des conditions de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n°1400/2002 du 31 juillet 2002* ; D. 2003, Chron. p 1150 et s.

sélections des constructeurs ayant mis en place une distribution sélective (565).

b. La liberté de vente passive à l'extérieur du territoire d'exclusivité

403. — **Source.** Le distributeur reste libre de vendre à quiconque le lui demande à l'extérieur de son territoire d'exclusivité, ceci au nom de la *« liberté du consommateur d'acheter ou bon lui semble à l'intérieur du marché unique »* (566). Cette possibilité de vendre à tout client potentiel qui viendrait à la rencontre du distributeur exclusif n'est pas prévue expressément par le texte communautaire, elle résulte de cette liberté *« fondamentale du consommateur »* (567), mais aussi de l'interprétation de l'article 4 paragraphe 1, b), i) du règlement n°1400/2002 et des lignes directrices sur les restrictions verticales désormais applicable au secteur automobile. Au sein du règlement n°1400/2002, il est clairement énoncé que l'exemption est néanmoins applicable à *« la restriction des ventes actives sur un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive [...] concédés par le fournisseur à un autre distributeur »,* donc *a contrario* les ventes passives sont possibles. Le texte des lignes directrices sur les restrictions verticales est davantage explicite : « *le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs)* » (568).En revanche, il peut vendre activement à des clients situés en dehors de son territoire dans la seule hypothèse où la distribution sélective y est pratiquée (569).

404. — **Vente active.** Tant la brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002 que les lignes directrices sur les restrictions verticales définissent les termes de *« ventes passives »* ou *« ventes actives ».* Au sein de la brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002, la vente active désigne *« le démarchage actifs de clients individuels par des opérations de publipostage ou des visites, par des annonces dans les médias ou d'autres actions promotionnelles qui, normalement, ne sont pas pratiqués dans le lieu d'établissement agrée d'un concessionnaire ou d'un réparateur ».* Les lignes directrices sur les restrictions verticales comportent une définition davantage pragmatique en ce sens qu'il s'agit du « *fait de prospecter des clients individuels, par exemple*

(565) En effet, dès lors que le critère de la mise en place d'un service après-vente est interdit ces revendeurs voient leurs perspectives s'élargir, cette question des revendeurs indépendants sera traitée de manière particulière au sein du chapitre 2.
(566) Brochure explicative du REC 1400/2002 p 44.
(567) Brochure explicative du REC 1400/2002 p 44.
(568) Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 mai 2010 ; JOUE C 130, 19.05.2010, n°151.
(569) On lit dans la brochure explicative du REC 1400/2002 à la réponse à la question n°40 que « *si le fournisseur pratique la distribution sélective dans certaines autres régions de l'Union européenne, les concessionnaires du système de distribution exclusive doivent être autorisés à vendre activement aux utilisateurs finals et aux distributeurs non agrées de ces régions* ».

par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire. La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné sont considérées comme une vente active à cette clientèle ou aux clients à l'intérieur de ce territoire » (570).

405. — **Vente passive.** Au contraire, sera considérée comme une vente passive selon la brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002 *« la réponse à des demandes non sollicitées émanant de clients ou de leurs intermédiaires dûment mandatés […] la publicité générale ou les actions promotionnelles qui sont normalement réalisées dans le lieu d'établissement agrée du concessionnaire ou du réparateur, et la vente sur Internet sont des méthodes de ventes passives* » (571). Au sein des lignes directrices sur les restrictions verticales, sont désignées comme des ventes passives « *le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs* » (572).Un développement spécifique sera consacré au média Internet, nous nous bornerons à dire ici que la *« spamming »* ou les liens hypertextes ont une qualification ambivalente. Malgré le fait qu'Internet soit considéré comme une vente passive par la Commission, il n'empêche que ces deux modes de sollicitations peuvent être ciblés et agressifs.

(570) Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 mai 2010 ; JOUE C 130, 19.05.2010, n°51.
(571) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°12, p.31.
(572) Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 mai 2010 ; JOUE C 130, 19.05.2010, n°51.

B. LA DISTRIBUTION SELECTIVE

406. — **Définition.** L'article 1er du règlement n°1400/2002 du 31 juillet 2002 définit la distribution sélective comme « un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs ou réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ou à des réparateurs indépendants ». La définition retenue par le règlement n°461/2010 est strictement identique sauf à préciser que l'interdiction de vente aux distributeurs non agréés s'exerce sur le territoire sur lequel le fournisseur a décidé d'appliquer ce système (573). Les critères de sélection que le fournisseur peut imposer aux distributeurs qui souhaiteraient adhérer à son réseau peuvent être d'ordre qualitatif et/ou quantitatif. Ces critères de sélection doivent être d'abord analysés séparément (1) même si leurs conditions d'application sont similaires (2). L'avantage principal d'un tel mode de distribution réside dans le fait que les constructeurs ont un pouvoir de contrôle plus élargi qu'en matière de distribution exclusive (3).

1°) L'analyse des critères de sélection des distributeurs et des réparateurs

407. — Par application des principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce et de l'industrie, il aurait été possible de refuser tout contrôle des critères de sélection des distributeurs, le droit de la concurrence s'est pourtant préoccupé de la question. Un corpus de règles a ainsi émergé à ce propos ; elles sont essentiellement tirées de la jurisprudence de la Cour de Justice et des règlements d'exemptions catégorielles. Ces critères, contrôlés par les autorités de concurrence, peuvent être d'ordre qualitatifs (a) ou quantitatifs (b).

a. Les critères de sélection qualitatifs

408. — **Définition.** Les critères qualitatifs sont ceux requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs et réparateurs et appliqués d'une manière non discriminatoire, il ne s'agit pas de limiter directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs (574). Enfin, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui nécessaire. A cette définition, on pourrait ajouter

(573) Article 1er i), du règlement n°461/2010.
(574) Article 1er, 1) point h du règlement n°1400/2002 – Lignes supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérants n°42 et suivants.

un certain nombre de précisions selon lesquelles ces critères doivent être *« définis »* c'est-à-dire *« précis et identifiables et si possibles formulés par écrit »* (575). La référence à *« la nature des biens et des services »* signifie que ces critères doivent être nécessaires à une bonne commercialisation des produits et qu'à l'inverse certaines formes de distribution ne doivent pas être exclues à priori (576).

409. — **Exemples.** Quelques critères qualitatifs de sélection sont *a priori* valables ; il s'agit ceux relatifs à la formation du personnel, à la configuration des installations de vente, aux techniques de vente et au type de services associés que doit fournir le distributeur, à une certaine exposition des produits (577), ou encore celui consistant à requérir une salle d'exposition séparée dans le hall commercial du distributeur multimarques. Le critère qualitatif relatif à la détention d'un assortiment représentatif ou d'un stock suffisant est à la marge, en effet, il peut *« dégénérer en une sélection quantitative si l'importance du stock aboutit à une limitation du nombre de revendeurs désireux et capables de participer au réseau »* (578). En résumé, l'on peut valablement affirmer qu'en la matière la plupart des critères contiennent une référence importante à l'image de marque du produit.

410. — **Priorité communautaire.** Il faut préciser que cette forme de distribution a les faveurs de la Commission. Pour en favoriser le développement, la Commission a fait le choix de ne prévoir aucun seuil de parts de marché pour que l'exemption offerte par le règlement n°1400/2010 s'applique. Le résultat escompté a été obtenu : « *La distribution sélective est actuellement la forme prédominante de distribution dans le secteur automobile; elle est largement utilisée pour la distribution des véhicules automobiles, ainsi que pour la réparation et l'entretien des véhicules et la distribution de pièces de rechange* » (579). Dans le cadre de la réforme opérée en mai 2010, la préférence de la Commission est de nouveau confirmée

(575) R. BERTIN, *Analyse des conditions de sélections de leurs réseaux par les constructeurs à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n°1400/2002 du 31 juillet 2002*, D.2003, p.1150.
(576) Cf. CJCE 25 octobre 1983, *Allgemeine Elektrizitäts- Gesellschaft*, Aff. 107/82 : condamnation d'une clause excluant les magasins discount à priori – TPI 12 décembre 1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Commission*, Aff. T-88/92 Recueil 1996, p. II-1961.
(577) Voire jusqu'à une clause d'environnement commercial, aussi appelée clause d'environnement de marque. Elle impose au distributeur sélectionné d'être concomitamment sélectionné par d'autres fournisseurs concurrents, la Commission a validé ce type de clause à condition qu'un nombre minimal de marques ne soit pas imposé (Comm. CEE, décembre n°92/428, 24 juillet 1992, Givenchy ; JOCE, 19 août 1992, n°1, 236).
(578) F. MOREAU et P. SERGANT, *Nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles*; D. 2002, Chron. p.2725.
(579) Lignes supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérants n°42.

(580). Enfin, le constructeur ne peut réserver de territoire à ces distributeurs sélectionnés qualitativement, d'où l'intérêt du second système – le cas échéant combiné au précédent – dans lequel une limitation du nombre de distributeurs est possible.

b. Les critères de sélection quantitatifs

411. — **Appréciation juridique restrictive.** Les critères que le constructeur met en place ont pour objectif de limiter directement le nombre de distributeurs et de réparateurs. Ce type de critère n'a pas toujours été accueillit favorablement par la jurisprudence interne et communautaire (581), en droit interne deux conditions devaient être vérifiées (582) :

- le nombre excessif de points de vente rendrait trop onéreux le coût de la distribution,
- la multiplication des points de vente dépasserait les capacités de production du fabricant.

412. — Cette limitation quantitative peut résulter de la mise en place de critères fixant le nombre de distributeurs en fonction de la population du territoire sur lequel ils sont fixés, ou sur une obligation de réaliser un chiffre d'affaires minimum. En tout état de cause, le choix pour ce type de distribution, possible en deçà du seuil de 40 % de parts de marché selon le règlement n°1400/2002 et 30 % de parts de marché depuis l'adoption du règlement n°461/2010, suppose au préalable une définition précise *« des zones de chalandise et de se fonder sur des indices de richesse vive »* (583).

(580) Lignes supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérants n°44.
(581) Comm. CE, 16 décembre 1991, *Yves Saint Laurent* ; JOCE L.12, 18 janvier 1992, p.24 ; G. BONET, *La distribution sélective des produits cosmétiques de luxe à l'épreuve du droit communautaire : la décision Yves Saint Laurent Parfums du 16 décembre 1991 ;* D. 1992, chr. p.303 - Contrats, conc., consom. 1992, Comm. n°27, obs. L. VOGEL - Comm. CE, 24 juillet 1992, *Givenchy-* R. KOVAR, *Sélection quantitative : jusqu'à quel faut-il y renoncer ?* RJDA 1995, p.311 et s. – C. VILMART, *La distribution sélective. Les critères admis et les enjeux en cours devant le tribunal de première instance des Communautés européennes* ; JCP éd. E 1996, I, 583, n°9.
(582) F. MOREAU et P. SERGANT, *Nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles*; D. 2002, Chron. p.2725.
(583) C. VILMART, Gaz. Pal, 27-28 juin 2001, p.1027 à 1036.

2) Les conditions d'application des critères de sélection

a. Les conditions d'application issues du règlement n°1400/2002

413. — **Réalisation de la sélection.** Quelque soit le type de critère choisi par le constructeur, ce dernier doit agir de manière impartiale et non discriminatoire et éventuellement faire connaître son motif de refus. La procédure de sélection peut se résumer en plusieurs étapes (584) :

- le fournisseur doit établir un dossier de candidature mentionnant les critères de sélection et en fournir un exemplaire à tout candidat qui en fait la demande,
- il doit ensuite examiner la candidature,
- et enfin, il doit adresser sa réponse au candidat, celle-ci peut consister en un agrément, une décision d'ajournement ou un refus.

414. — **Liste d'attente.** Si le constructeur a mis en place une distribution sélective quantitative, le candidat évincé peut se voit proposer de figurer sur une liste d'attente définie objectivement. Ce type de procédé fut d'abord condamné par la Commission (585), pour aujourd'hui être admis en droit interne et communautaire, cependant il ne représente aucune garantie pour les candidats qui y figurent puisque aucune priorité ne leur est accordée (586).

b. L'absence de droit à la poursuite du contrat du distributeur évincé

415. — **Action en référé.** Comme nous l'avons précédemment évoqué, l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 a notamment mis fin au cumul distribution sélective et exclusive. La plupart des fournisseurs ayant mis en place un tel système cumulatif, ils ont été dans l'obligation de résilier ces contrats et de mettre en conformité leur réseau de distribution avec les nouvelles prescriptions issues du règlement. Outre la question de la durée du préavis qui a suscité un contentieux nourri, la question s'est posé du droit du distributeur évincé, candidat à l'entrée au sein du nouveau réseau, de solliciter du Juge des référés le droit de poursuivre les relations contractuelles et éviter toute cessation des approvisionnements.

(584) R. BERTIN, *Analyse des conditions de sélections de leurs réseaux par les constructeurs à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n°1400/2002 du 31 juillet 2002*, D.2003, p.1150 et s.
(585) Comm. CE, 16 décembre 1991, *Yves Saint Laurent* ; JOCE L.12, 18 janvier 1992, p.24 ; G. BONET, *La distribution sélective des produits cosmétiques de luxe à l'épreuve du droit communautaire : la décision Yves Saint Laurent Parfums du 16 décembre 1991 ;* D. 1992, chr. p.303 - Contrats, conc., consom. 1992, Comm. n°27, obs. L. VOGEL.
(586) CA Versailles, 18 février 1987 ; D. 1987, IR, p.80.

416. — **Exemples jurisprudentiels.** Une série d'arrêts est venue illustrer ce propos. Le premier d'entre eux émane de la Cour d'appel d'Orléans, le 15 juillet 2004, faisant suite à un jugement en référé, les Juges ont décidé que « *Lorsqu'un réseau de distribution exclusive devient un réseau de distribution sélective, le juge des référés peut ordonner la poursuite des relations entre le constructeur automobile et son ancien distributeur, après la résiliation du contrat de concession exclusive, pour éviter le dommage imminent que causerait la cessation des approvisionnements, dans la mesure où l'ancien concessionnaire automobile est un candidat contesté à l'intégration dans le réseau de venu de distribution sélective* » (587). La Cour d'appel de Versailles, saisie dans des conditions similaires, avait considérée, le 15 décembre 2004, que « *le comportement de la société Nissan France ainsi que les termes de lettres adressées par elle aux "concessionnaires et réparateurs agréés" et reçus par la société Girodo Le Clézio, permettent de considérer comme susceptible d'être pertinente l'argumentation tendant à faire juger par les juges du fond que cette dernière pourrait, malgré la résiliation du contrat, prétendre être intégrée au réseau de distribution sélective dont elle soutient respecter les critères objectifs de sélection ; qu'elle relève encore que la société Girodo Le Clézio a pu légitimement croire que la société Nissan France entendait poursuivre ses relations avec elle* » (588). Le concédant devait donc être condamné, sous astreinte, à la poursuite de leurs relations contractuelles, notamment, en lui livrant des véhicules neufs et des pièces détachés. Sur pourvoi formé par le concédant, la Cour de cassation, le 28 novembre 2006 (589), par un arrêt aux dispositions lapidaires, a considéré que le contrat de distribution entre les parties ayant été résilié, l'on ne pouvait obliger le fournisseur à approvisionner son ex-partenaire, sauf à constater la signature d'un nouveau contrat. Il s'agissait, semble-t-il, pour la Haute Cour de mettre fin à une certaine dérive de la part des distributeurs consistant à saisir le Juge des référés en fin de période de préavis pour un dommage imminent que leur causerait la rupture des relations, alors que ce dommage ne serait « *imminent que du fait de leur inaction antérieure mais qui ne repose sur aucune faute ou aucun*

(587) CA Orléans, 15 juillet 2004, *SAS Toyota France c/ SARL Autodiffusion 45,* RG n° 04/0163 ; Revue des contrats, 1er avril 2005, n° 2, p.385, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS – Touchais – Europe 2005, Comm. n° 216, obs. L. IDOT. Cet arrêt avait fait l'objet d'un pourvoi de la part de la société Toyota France, mais dont elle s'est postérieurement désistée (Com. 31 octobre 2006, n° 04-19.119).

(588) CA Versailles, (14ème Ch. civile), 15 décembre 2004, N° Juris- Data : 2004-271642 ; BICC 1er juin 2005, n°1097 ; JCP E 2005, n°14, p.600. Cet arrêt fait suite à une ordonnance de référé du 22 septembre 2004 du Président du Tribunal de commerce de Versailles.

(589) Com. 28 novembre 2006, n° 04-20734 ; D. 2007, AJ, p.13, obs. E. CHEVRIER. La Cour d'appel, pour sa part, avait au contraire considéré que « *malgré l'existence d'une contestation sérieuse résultant de l'expiration du précédent contrat de concession régulièrement résilié », la poursuite des relations contractuelles pouvait être accordée dans la mesure où cette poursuite n'avait pas été exclue devant le juge du fond* (CA Versailles, 15 décembre 2004, BICC 1er juin 2005, n°1097 ; JCP E 2005, n°14, p.600.

manquement du fournisseur » (590). Enfin, la Cour d'appel de Versailles, saisie comme cour de renvoi, a jugé le 16 janvier 2008 que le contrat ne pouvait produire d'effets au-delà du préavis et qu'ainsi le distributeur évincé ne pouvait solliciter du Juge des référés un droit à la poursuite du contrat à titre de mesure conservatoire.

417. — **Conditions de l'action en référé.** Afin de justifier un tel droit à la poursuite du contrat dans l'attente d'une décision au fond, les plaidants ont tenté de satisfaire à une double démonstration: la réelle possibilité d'un maintien dans le réseau décidée au fond et la caractérisation d'un dommage imminent.

418. — **Prévenir un dommage imminent.** La caractérisation du dommage imminent ne posait pas de difficultés en soi si le distributeur prouvait qu'il existait de sérieuses perspectives de se voir maintenir dans le réseau. En effet, l'article 873, al. 1er du Nouveau Code de procédure civile impose l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, autrement dit appliquée au cas d'espèce, il s'agissait de déterminer si le maintien dans le réseau avait une chance d'aboutir devant le Juge du fond parallèlement saisi.

419. — **Droit légitime à la poursuite du contrat ?** Dans l'affaire opposant le Garage Girodo Le Clézio à la société Nissan, l'argumentation était pour le moins originale. Afin d'en saisir la subtilité, il est impératif d'expliciter les faits à l'origine du contentieux. Tenant l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, la société Nissan avait résilié, par courrier du 24 septembre 2002, le contrat qui la liait à la société Garage Girodo Le Clézio, la résiliation prévoyait un préavis de deux ans jusqu'au 24 septembre 2004. Entre temps, par courrier du 08 septembre 2003, la société Nissan, afin de satisfaire aux nouvelles exigences communautaires qui entraient en vigueur au 1er octobre 2003, avait relevé son contractant de l'ensemble des stipulations contractuelles non exemptées par le nouveau texte jusqu'au terme du préavis. La société Garage Girodo Le Clézio attacha alors à ce courrier une conséquence pour le moins audacieuse : la création d'un nouveau contrat de fait. Selon elle, les parties auraient alors décidé par cet engagement synallagmatique (591) de modifier le contrat de concession qui les liait pour le mettre en conformité avec le nouveau règlement n°1400/2002. Le nouveau contrat ainsi créé était alors soit un contrat à durée indéterminée qu'il convenait de résilier conformément aux prescriptions du nouveau texte, soit un contrat à durée déterminée de 5 ans. Cette « *résurrection du contrat* » (592) n'a cependant pas été retenue.

(590) Propos du M. J. VOGEL, dépêche Autoactu.com du 1er décembre 2006, disponible sur le site : http://www.autoactu.com.
(591) L'on recherchera cependant dans les faits une quelconque réciprocité, seule la société Nissan s'étant obligée.
(592) M. BEHAR-TOUCHAIS, Revue des contrats, 1er avril 2005, n° 2, p.385.

Non seulement, une décision contraire aurait été contestable au regard de la sanction que notre droit positif attache à la méconnaissance d'une obligation de faire par son débiteur (593), mais elle aurait privé finalement le préavis contractuel de tout effet utile. En effet, s'il est admis que le rôle du préavis est de permettre au distributeur évincé d'organiser sa reconversion, l'on considère qu'il ne peut prétendre à une aucune espèce d'assistance de la part du concédant et encore moins à un droit à la poursuite du contrat en l'attente d'une décision au fond. La Cour d'appel de Versailles, saisie sur comme cour de renvoi, a pour sa part précisé que « *la décharge d'obligations contractuelles stipulées au profit de la partie qui unilatéralement y renonce, ne peut à elle seule opérer novation du contrat* ». Elle a ainsi recherché, comme la Cour de cassation l'y avait enjoint, l'existence d'un nouveau contrat à la suite du courrier du 08 septembre 2003.

c. La communication des critères de sélection et l'atteinte du numerus clausus

420. — **Lacunes du règlement.** Si les notions de distribution sélective, de distribution sélective quantitative et de distribution sélective qualitative sont désormais clairement définies, les critères de sélection ne sont pas en eux-mêmes caractérisés. Se pose alors la question de la conformité des contrats ne définissant pas, au préalable, les critères quantitatifs appliqués au sein du réseau et n'imposant pas aux fournisseurs de les communiquer à tout candidat potentiel.

421. — Deux réponses sont alors possibles :

- le silence du législateur communautaire sur ce point signifierait que dès lors que le contrat répond aux conditions essentielles du règlement et qu'il ne contient pas de restrictions caractérisées, la liberté des fournisseurs reste entière, les litiges devant être réglés en considération des seuls droits internes des Etats membres,
- l'esprit du règlement permet de considérer que les critères applicables doivent nécessairement être précis, objectifs et non discriminatoires

422. — **Libre choix du constructeur ?** L'analyse de la jurisprudence française permet d'affirmer que la seconde réponse a trouvé un écho favorable en droit interne. La première décision remarquée fut celle rendue par la Cour d'appel de Douai en date du 15 avril 2004 (594) devenue définitive en l'absence de pourvoi. Le constructeur BMW avait opposé un refus à la candidature formée par son ancien concessionnaire au motif que

(593) Même si elle a pu susciter une critique doctrinale pertinente : Voir notamment : D. MAINGUY, *L'efficacité de la rétractation de promesse de contracter*, RTD. 2004, p.1.
(594) CA Douai, 2ème Ch., 15 avril 2004, *Sté Centre Automobile Artésien c/ Sté BMW France*, RG n° 03/07483.

le numerus clausus qu'il avait fixé au sein de son système de distribution sélective était atteint. Il avait préféré agréer un autre candidat qui « *apparaissait susceptible de satisfaire aux critères qualitatifs dans un délai qui n'apparaissait pas anormal eu égard à l'activité en cause* ». Autrement dit, il préféra un candidat amené à remplir critères dans l'avenir plutôt que d'examiner la candidature d'un distributeur répondant déjà à ces exigences qualitatives. Son comportement fut avalisé par la Cour d'appel qui considéra que « *le règlement n° 1400/2002 n'avait pas dépossédé le fournisseur [...] de toute faculté de choisir le cocontractant qui lui apparaissait le plus sûr, ni extrait des contrats tout intuitus personae* ». Le raisonnement de la Cour était alors fondé tant sur les notions de liberté contractuelle que *d'intuitus personae*, mais non sur la lettre précise du règlement et permettait alors au constructeur de continuer finalement à intégrer des choix de distribution exclusive au sein d'un système de distribution sélective. Même si cette interprétation de la Cour est critiquable en soit, il n'en demeure pas moins qu'une telle erreur trouve sa source dans les divers oublis ou carences de la Commission lors de l'élaboration du règlement n° 1400/2002. En effet, même si l'œuvre législative est par nature non exhaustive, il était du devoir de la Commission de prévoir les conditions pratiques d'un passage d'un système de distribution à un autre.

423. — **Refus fautif d'examen d'une candidature.** Un cas d'espèce récent est particulièrement intéressant en ce sens, qu'à l'inverse de ce qui avait été jugé par la Cour d'appel de Douai en date le 15 avril 2004, la Cour d'appel de Paris a considéré que le comportement du constructeur avait été particulièrement déloyal dans un arrêt en date du 16 juin 2010 (595). La société SA Europe Garage, concessionnaire exclusif de la marque Volkswagen à Montluçon, s'était vue notifier de la part de son concédant la résiliation extraordinaire du contrat de distribution en l'état de l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002. Le groupe Volkswagen a ensuite agréé son ancien concessionnaire en qualité de réparateur agréé mais n'a pas examiner sa candidature en ce qui concerne la distribution de véhicule neuf. Le constructeur avait préféré agréé en cette qualité une autre société, le Garage Saint Christophe. Outre la question de la régularité de la résiliation et de diverses discriminations dont elle s'estimait victime dans l'exécution de son contrat de réparateur agréé, la société Europe Garage a contesté judiciairement ce refus d'examen de sa candidature. La motivation de la Cour d'appel est particulièrement intéressante ; elle affirme en préalable que « *s'agissant de l'appréciation d'une candidature à l'intégration dans un réseau de distribution sélective [...] il appartient au concédant d'examiner chaque candidature de façon non discriminatoire à partir des critères précis et objectifs appliqués de façon uniforme à tous les candidats [...] qu'en effet si un ancien concessionnaire exclusif ne bénéfice d'aucun droit*

(595) CA Paris, 16 juin 2010, *SA Groupe Volkswagen France c/ SA Europe Garage*, RG n°08/04444.

acquis à la poursuite des relations contractuelles ni aucun droit de préférence à l'agrément, il ne saurait davantage subir de traitement de défaveur ou de discrimination ». Dès lors que le concédant avait écarté « d'emblée sans même l'examiner la candidature de la société Europe Garage » et avait au surplus « retenu la candidature de la société Garage Saint Christophe bien que présentée postérieurement à celle de la société Europe Garage [...] et alors qu'elle ne respectait nullement, pour sa part, les critères qualitatifs de sélectivité ». Sur le plan de la réparation, la Cour estime que le refus d'agrément irrégulièrement opposé au candidat lui a fait perdre une chance de poursuivre son activité de distributeur et qu'il peut donc lui être allouée une somme équivalente à trois années de marge brute.

424. — **L'atteinte du numerus clausus, un motif de refus d'examen de la candidature.** Un autre arrêt remarquable est celui de la Cour d'appel d'Angers rendu le 12 avril 2005 (596) actuellement frappé d'un pourvoi (597). Un ancien concessionnaire de la marque Mercedes, dont le contrat avait été résilié avec un préavis d'un an pour restructuration du réseau, s'était de nouveau porté candidat à la distribution de la marque au sein du nouveau réseau. Un refus lui avait été opposé avant tout examen de son dossier de candidature et sans même une transmission des critères de sélection, au motif que le numerus clausus fixé était atteint. Sa demande fut rejetée en appel ; les juges estimèrent que le règlement n° 1400/2002 permettait « *la présélection des distributeurs en fonction d'une politique de concentration* » et n'imposait pas « *la nécessité d'un appel à candidature* ». La Cour ajouta justement que « *l'ancien distributeur ne bénéficiait d'aucun droit de priorité quant à la procédure d'agrément* », mais refusa d'avaliser la solution des premiers juges qui avaient au contraire estimé que l'ancien distributeur n'avait pas été placé en situation « *de pouvoir équitablement faire valoir ses chances d'obtenir l'agrément* ». Or les conditions d'espèce nous permettent d'affirmer que le choix du constructeur était grossièrement discriminatoire, en effet il avait refusé de communiquer à l'ancien distributeur les critères de sélection qu'il avait mis en place pour la restructuration de son nouveau réseau (598). La Cour justifia une telle

(596) CA Angers, 12 avril 2005, *Sté Daimler Chrysler France c/ Sté Garage de Bretagne*, RG n° 04/00387.

(597) Alors qu'un pourvoi avait été formé, la société Garage de Bretagne a, en parallèle, introduit une action en inscription de faux qui a été déclarée recevable. La Cour de cassation a donc décidé de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie se soit prononcée sur cette requête (Com. 26 juin 2007, n° 05-16.882).

(598) Une autre espèce est particulièrement topique sur le caractère grossièrement discriminatoire du refus opposé à l'ancien concessionnaire souhaitant se porter candidat ; la société Toyota avait opposé un refus à son ancien concessionnaire en prétextant avoir choisi un autre candidat répondant aux critères souhaités. Or en réalité, la société choisie n'avait pas terminé les travaux imposés par la sélection qualitative au jour où le refus avait été opposé à l'ancien concessionnaire ! (T. com. Lyon 15 septembre 2006, *Sté Toyota France c/ Sté Valence Automobile*, n°2006 J 812 ; LPA 12 décembre 2006, n°247, p.15, note R. BERTIN). Le refus est sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts équivalents à deux années de marge brute, autrement dit à la durée du préavis qui aurait dû être appliqué dans

analyse par l'opinion selon laquelle le refus d'agrément reposait sur une sélection du candidat opérée dans des conditions qui n'étaient pas contraires au droit communautaire de la concurrence et l'avocat du constructeur d'ajouter que « *la solution retenue est conforme au principe d'égalité devant la loi et à la fluidité économique sur le marché qui s'oppose à ce que les opérateurs en place soient privilégiés au détriment des nouveaux entrants* » (599). Il justifie de la même façon le droit du constructeur de n'examiner que les candidatures qu'il estime *a priori* pertinentes par le coût financier que représenteraient des investissements de plusieurs millions d'euros sans pouvoir bénéficier d'une promesse de nomination. L'on pourra opposer à de telles justifications que le principe d'égalité exigeait au contraire que chacun des opérateurs soient en mesure matériellement de répondre aux exigences du candidat, de plus même s'il est vrai que l'on ne peut demander à un « *primo entrant* » sur le marché de la distribution de véhicules neufs de réaliser d'importants investissements sans aucune perspective commerciale, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce le candidat déchu était un ancien distributeur qui avait déjà investit massivement dans des structures de distribution.

425. — **L'arrêt de principe.** Enfin, l'étude des conditions de mise en œuvre d'un système de distribution sélective semble aujourd'hui fixée, au moins pour un temps, par un arrêt remarqué de la Cour de cassation en date du 28 juin 2005 opposant le constructeur Daimler Chrysler à un ancien concessionnaire (600). La société Garage Grémeau est devenue concessionnaire exclusif de la marque automobile Mercedes Benz sur le

---

le cas où la société écartée aurait été admise en qualité de distributeur. Le raisonnement était le suivant : « *si la société avait obtenu un tel contrat, celui-ci aurait été conclu pour une durée indéterminée et n'aurait pu être résiliable, en l'absence de faute grave ou de non respect des critères de sélectivité, que moyennant un préavis de 24 mois* ». Cette analyse n'est pas juridiquement fondée au regard des règles gouvernant la réparation de la perte d'une chance, ici de conclure un contrat. L'on doit raisonner, non pas à partir d'un postulat basé sur le contrat qui a échappé à celui qui entend obtenir réparation, mais plutôt en s'attachant à la perte d'une chance de conclure une autre convention que celle qui faisait l'objet de pourparlers. La victime doit avoir été placée dans l'impossibilité de conclure avec un tiers dans des conditions satisfaisantes. En l'espèce, la société écartée du circuit de distribution pouvait tout à fait se porter candidate à l'entrée dans le réseau de distribution d'un autre fournisseur que Toyota, sans que le refus de cette dernière soit un élément rédhibitoire.

(599) Propos recueillis par F. Lagarde, Dépêche Autoactu.com du 28 avril 2005 ; http://www.autoactu.com.

(600) Com., 28 juin 2005, *SA Garage Grémeau c/ SA Daimler Chrysler France*, n° 04-15279 ; JCP 2005, éd. G, II, 2927 – M. CHAGNY, Conditions de conclusion d'un contrat de distribution sélective quantitative; JCP 2005, éd. E, 1701 – R. BERTIN, Distribution automobile certes, mais distribution sélective avant tout; D. 2005, Jur p.2226 – J. PEYRE, Refus d'agrément dans un réseau de distribution automobile ; RLC 2005, Act. N° 511-2005 – Concurrences, n°4/2005, p.72-74, note E. CLAUDEL - Contrats Conc. Consom. 2005, n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL – LPA 16 mai 2006, p.14, obs. E. BACCICHETTI - RDLC 2005, n° 4, p.72, obs. M.-C. M. - RJDA 2006, n 255 ; RJ com. 2006. 132, obs. S. LEBRETON-DERRIEN – Europe 2005, Comm. n° 355, obs. L. IDOT –Revue des contrats 2006, n° 2, p.433, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. Cet arrêt a été rectifié le 12 juillet 2005 par la Chambre commerciale (n° de pourvoi : 04-15279).

territoire de Dijon, le dernier contrat liant les parties avait été conclu le 17 octobre 1996 à effet au 1er octobre 1996. Suite à l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002 et considérant qu'il était dans l'obligation de restructurer l'ensemble de son réseau, le constructeur a notifié à son concessionnaire la résiliation du contrat moyennant un préavis de deux ans venant à échéance le 30 juin 2003. Le garage Grémeau s'est ensuite porté officiellement candidat en vue de l'obtention d'un contrat de distribution de véhicules neufs ainsi que d'un contrat de réparateur agréé de la marque Mercedes Benz. En octobre 2002, la société Daimler Chrysler a opposé un refus à la demande d'agrément formulée par l'ancien distributeur en qualité de distributeur agréé au motif que son numerus clausus était déjà atteint. Elle refusa de la même façon d'accorder la qualité de réparateur agréé au candidat estimant que ce dernier avait commis des fautes contractuelles, consistant notamment en des reventes hors réseau.

426. — **Solutions du tribunal de commerce.** La société Garage Grémeau sollicita en première instance devant le Tribunal de commerce de Dijon (601) la condamnation de la société Daimler Chrysler à l'agréer en qualité de réparateur officiel et de distributeur de véhicules neufs, elle avançait au soutien de sa demande son respect des critères qualitatifs mis en place par le constructeur et arguait de ce que le constructeur ne pouvait lui opposer un quelconque critère quantitatif. La société Daimler Chrysler soutenait devant le tribunal que le refus d'agrément en qualité de réparateur agrée était justifié par les fautes contractuelles commises par son concessionnaire consistant en des ventes effectuées hors réseau. Le Tribunal s'opposa à une telle analyse au motif que le contrat entre les parties encadrait précisément les possibilités de vente à des revendeurs non membres du réseau sous réserve que l'intermédiaire en cause produise un mandat écrit émanant d'un client final, en l'espèce ces mandats étaient réguliers dans la mesure où ils contenaient le nom, l'adresse du client, ainsi que les caractéristiques du véhicule, et enfin l'identification du mandataire intermédiaire. Le Tribunal constata par ailleurs que le garage Grémeau répondait à tous les critères qualitatifs mis en place par le constructeur en matière de réparation agréée et qu'il y avait donc lieu de condamner la société Daimler Chrysler à agréer la société Garage Grémeau en qualité de réparateur officiel de la marque Mercedes Benz. Quant à la qualité de distributeur agrée, le constructeur considéra qu'il pouvait légitimement opposer à l'ancien distributeur évincé le critère quantitatif lié au numerus clausus atteint au sein de l'aire urbaine considérée, conformément au règlement n° 1400/2002. L'argumentation de la société Garage Grémeau sur ce point mérite quelques lignes d'explications dans la mesure où elle considère que l'agrément donné au distributeur qui lui a été préféré ne repose que sur « *un critère subjectif et partial [...à savoir un seul distributeur*

(601) T. com. Dijon, 25 septembre 2003, *SA Garage Grémeau c/ SA Daimler Chrysler France*, RG n° 2003/004490.

par aire urbaine…] en l'occurrence l'intuitus personae propre au système de distribution exclusive aboli et antinomique par rapport au système de distribution sélective mis en place ». Le Tribunal ne répondit pas directement à cette interrogation et analysa l'objectivité et le caractère non discriminatoire du critère de l'aire urbaine, selon lui il est acceptable puisqu'il correspond « *à un critère INSEE défini de manière précise et correspondant à une réalité géographique et économique […] et à une zone de chalandise* », il considéra de plus que l'appel à candidature n'était pas obligatoire dès lors qu'aucune obligation juridique ne l'imposait.

427. — **Confirmation en appel.** Le Garage Grémeau interjeta appel de ce jugement et la Cour d'appel de Dijon, le 1er avril 2004 (602), confirma les dispositions du jugement tant en ce qui concerne l'agrément en qualité de réparateur agréé que celui de distributeur de véhicules neufs. Elle justifia sa solution quant au caractère facultatif de l'appel à candidature par un argument factuel réaliste : « *il n'est imposé au fournisseur par aucun texte de procéder à un appel officiel afin de susciter des candidatures, ce qui conduirait d'ailleurs à une situation économiquement inacceptable dans laquelle chaque candidat devrait procéder à des investissements importants* […] ». Elle s'attacha seulement à vérifier « *si le choix du constructeur avait été fait en fonction de critères répondant aux exigences du règlement* ». Sur ce dernier point, le critère pouvait être valablement retenu aux motifs qu'il correspondait aux aires urbaines telles que définies par l'INSEE et que le règlement fait expressément référence à cette notion de point de vente (603). Le refus d'agrément aurait été en revanche fautif si le concédant avait laissé croire à un renouvellement du contrat antérieur et incité son partenaire à procéder à des investissements lourds pour finalement préférer un autre distributeur, ceci conformément à une jurisprudence non remise en cause (604). Enfin, la Cour confirma la condamnation en nature prononcée par le Tribunal, à savoir l'agrément forcé du Garage Grémeau en qualité de réparateur agréé. En effet, les juges d'appel ont estimé que le règlement n° 1400/2002 et sa brochure explicative ne laissent persister aucun doute : le constructeur optant pour un système de distribution sélective qualitative pour ses services de réparation agréée « *doit autoriser tous ceux qui remplissent ces critères à agir en qualité de réparateurs agréés, y compris les*

(602) CA Dijon, Ch. B, 1er avril 2004, *SA Garage Grémeau c/ SA Daimler Chrysler France*, RG n° 03/01547 ; Lettre distrib. juil.-août 2004, p.2

(603) Article 5, §2 du règlement n° 1400/2002 : « *En ce qui concerne la vente de véhicules automobiles neufs, l'exemption ne s'applique à aucune des obligations suivantes contenues dans des accords verticaux: […]* »

b) toute obligation directe ou indirecte faite dans un système de distribution sélective à tout distributeur de voitures particulières ou de véhicules utilitaires légers, qui restreint sa capacité d'établir ***des points de vente*** *ou de livraison supplémentaires là où dans le marché commun la distribution sélective est d'application* ».

(604) Com. 11 juil. 1978 ; Bull. civ. IV, n° 199, RJ com. 1979, p.171, note R. LE GUIDED – Com. 23 mai 2000; RJDA 2001, n° 973, RTD. 2001, p.137, obs. J. MESTRE et B. FAGES – Com. 3 juil. 2001 ; JCP éd. E 2002, CDE n° 3, p.33, obs. D. MAINGUY, RJDA 2001, n° 1202.

concessionnaires agréés dont le contrat a été résilié mais qui souhaiteraient continuer comme réparateurs agréés » (605). La Cour estima que dès lors que « *pour un contrat de réparateur agrée pour lequel l'intuitus personae est largement atténué entre les partenaires [...] la seule réparation adaptée à cette violation grave de ce texte communautaire est la réparation en nature qui est possible dès lors qu'une telle décision n'implique pas l'accomplissement de faits touchant à la personnalité du fournisseur et n'impose aucune contrainte intolérable* ».

428. — La société Daimler Chrysler France fut donc condamnée à agréer le candidat en qualité de réparateur agrée mais avait pu opposer un refus légitime à sa demande d'agrément en qualité de distributeur de véhicules. Il semble que la première prétention du Garage Grémeau soit devenue définitive puisque le pourvoi qu'elle a formé n'était relatif qu'à la demande d'agrément en qualité de distributeur agrée.

429. — **Solutions retenues en cassation.** La Cour de cassation est donc venue préciser (606), au moins pour un temps, les conditions de conclusion d'un contrat de distribution sélective en matière de distribution automobile. En cassation, la société SA Garage Grémeau évoquait tout d'abord, au visa de l'article 1er du règlement n° 1400/2002, un premier moyen relatif à l'appel à candidature ; le constructeur devait, avant d'opérer le choix de son distributeur, communiquer à tous ceux qui en faisaient la demande un dossier de candidature complet contenant l'exposé des critères qualitatifs à respecter et ensuite seulement effectuer un choix non discriminatoire. La Cour répondait sur ce point que « *la communication tardive à la société Grémeau des critères de sélection doit être replacée dans le contexte rencontré à l'époque par le constructeur* » et qu'ainsi la Cour d'appel pouvait justement retenir « *qu'aucun texte n'imposait au fournisseur de procéder à un appel officiel pour susciter des candidatures, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

430. — La société SA Garage Grémeau tenta encore une fois de contester la validité du critère quantitatif retenu par le constructeur ; à savoir un seul distributeur par aire urbaine, selon elle le constructeur ne pouvait que limiter directement le nombre de distributeurs agréés, de plus

(605) Brochure explicative du règlement n° 1400/2002, question n° 72.
(606) Com., 28 juin 2005, *SA Garage Grémeau c/ SA Daimler Chrysler France*, n° 04-15279 ; JCP 2005, éd. G, II, 2927 – M. CHAGNY, Conditions de conclusion d'un contrat de distribution sélective quantitative; JCP 2005, éd. E, 1701 – R. BERTIN, Distribution automobile certes, mais distribution sélective avant tout; D. 2005, Jur p.2226 – J. PEYRE, Refus d'agrément dans un réseau de distribution automobile ; RLC 2005, Act. N° 511-2005 – Concurrences, n°4/2005, p.72-74, note E. CLAUDEL - Contrats Conc. Consom. 2005, n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL – LPA 16 mai 2006, p.14, obs. E. BACCICHETTI - RDLC 2005, n° 4, p.72, obs. M.-C. M. - RJDA 2006, n 255 ; RJ com. 2006. 132, obs. S. LEBRETON-DERRIEN – Europe 2005, Comm. n° 355, obs. L. IDOT –Revue des contrats 2006, n° 2, p.433, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. Cet arrêt a été rectifié le 12 juillet 2005 par la Chambre commerciale (n° de pourvoi : 04-15279).

le critère quantitatif choisi conférait "*une rente de situation*" aux distributeurs agréés. Une telle argumentation ne résista pas à la cassation, la Cour se rangea derrière l'avis des juges d'appel quant à la validité de ce critère. Cependant, Me R. Bertin fait judicieusement remarqué qu'une lecture rigoureuse du règlement n° 1400/2002 peut remettre en cause la légitimité d'un tel critère. En effet, l'article 1er du règlement définit la distribution sélective quantitative comme un « *système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement* ***le nombre de ceux-ci*** », à savoir le nombre de distributeurs ou de réparateurs, or en l'espèce le constructeur avait opté pour une limitation du nombre de points de vente. Il ajoute qu'étant donné la disparition de la clause de localisation à partir du 1er octobre 2005 (607), un critère limitant le nombre de points de vente ne sera plus pertinent (608). L'on objectera pourtant qu'en réalité le devenir de la clause de localisation n'entretient aucun rapport avec le choix du constructeur de mettre en place un système de distribution sélective quantitative, la limitation du nombre de points de vente contenue dans la clause ne concerne que les distributeurs déjà agréés par le constructeur et non ceux qu'il entend agréer ou au contraire écarter.

431. — En revanche, le demandeur au pourvoi fut accueilli par la Cour au sein de la seconde branche de son premier moyen, elle estima que la Cour d'appel ne pouvait passer outre l'analyse des critères qualitatifs avancés par le constructeur, au contraire elle devait « *examiner, même d'office, ces critères de sélection, leur objectivité, et les conditions de leur mise en œuvre* » et ensuite vérifier que la candidat finalement retenu satisfaisait aux critères déterminants pour être agréée en qualité de distributeur de véhicules neufs.

432. — Les solutions de la Cour quant au premier moyen ont néanmoins le mérite de la clarté et ont été résumées par M. Ronzano (609) : « *la définition des critères de sélection qualitatifs et leur application aux candidats constituent pour la Cour un préalable à toute sélection quantitative pratiquée par le constructeur* », autrement dit « *la sélection doit d'abord être qualitative, puis quantitative* », ce préalable avant toute sélection quantitative est d'autant plus important que l'examen des juges peut avoir lieu d'office. Le visa de la solution, l'article 1er g) du règlement n° 1400/2002 (610), suscite néanmoins quelques réserves dans la mesure où cette

607 Cette clause, parfois appelée « faculté d'essaimage », insérée dans les contrats de distribution de véhicules neufs permet aux constructeurs d'interdire aux distributeurs d'établir des points de vente supplémentaires, ou même des points de livraison.
(608) R. BERTIN, *Distribution automobile certes, mais distribution sélective avant tout*; D. 2005, Jur p.2226
(609) CREDA concurrence, dépêche du 1er juillet 2005.
(610) Article 1er du règlement n° 1400/2002 : [...] f) «système de distribution sélective»: 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 ou des

disposition n'est qu'un article de définition ne faisant pas « *mention des exigences énoncées par l'arrêt* » (611).

433. — Il semble que sous couvert du visa de l'article 1er, g) du règlement, la Cour entend censurer l'attitude du constructeur par application de la disposition h) de l'article 1er et brouille ainsi les frontières notionnelles entre les systèmes de distribution sélectifs quantitatifs et les systèmes de distribution sélective qualitatifs en exigeant du constructeur qu'il applique, en sus des critères établis pour un système de distribution quantitatif, ceux édictés par les systèmes qualitatifs. Malgré cette lacune quant au fondement textuel utilisé par la Cour, en pratique la portée de l'arrêt semble primordiale puisqu'il met fin à une pratique des constructeurs consistant à opérer une présélection des distributeurs et à donner aux distributeurs pressentis un agrément de principe, cela sans même examiner les candidatures des autres distributeurs (612).

434. — **Appréciation finale.** Même si l'on peut légitimement admettre que tous les candidats soient placés sur un pied d'égalité, il faut néanmoins concéder que « *la règle du prix de la course risque désormais de prévaloir, le premier candidat respectant les critères qualitatifs devant être agréé sur-le-champ, voire au moyen de décisions de justice exécutoires et sous astreinte, sauf motif grave susceptible de légitimer un refus d'agrément* » (613). C'est sur ce point que la solution pêche en réalité. En effet, comment faire prévaloir chronologiquement une sélection qualitative et dans le même

---

réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ou à des réparateurs indépendants, sans préjudice de la faculté de vendre des pièces de rechange à des réparateurs indépendants ».

g) «système de distribution sélective quantitative»: un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci »

h) «système de distribution sélective qualitative»: un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs; des véhicules automobiles dont il assure la réparation ou l'entretien ».

(611) JCP éd. E 2005, n° 47, 1701, p.2001, note M. CHAGNY.

(612) Pour une confirmation postérieure par les Juges du fond ; Cf. T. com. Versailles, 09 juin 2010, *SA Girodo Le Clezio c/ SAS Nissan West Europe*, RG n°2008F00275 : « *Attendu que la sélection et l'agrément d'un membre du réseau de distribution sélective suppose préalablement que celui-ci respecte l'intégralité des critères qualitatifs de sélection requis ; que, si un candidat pressenti ne satisfait pas aux critères déterminants pour être agréé en qualité de distributeur de véhicules neufs cela interdit au constructeur d'opposer à la candidature d'un postulant que son numerus clausus est atteint.*

Attendu qu'en l'espèce, la société Chanoine ne respectant pas les critères qualitatifs de sélection requis, Nissan ne pouvait prétendre avoir d'ores et déjà agréé un distributeur sur Dreux, et, refuser d'examiner la candidature de la S A Girodo Le Clezio en lui opposant que le nombre de candidatures à satisfaire sur le secteur était déjà atteint ».

(613) R. BERTIN, *Distribution automobile certes, mais distribution sélective avant tout*; D. 2005, Jur p.2226

temps permettre au constructeur de ne pas opérer d'appel à candidature ? La solution apparaît antinomique et l'inconvénient cité ci-dessus disparaîtrait si un appel à candidature était obligatoire. L'on regrettera une telle solution de la part de la Cour de cassation, alors qu'il lui aurait été possible de rendre cet appel à candidature obligatoire, au moins envers l'ancien distributeur, une telle exigence aurait pu être fondée sur l'article 1134, alinéa 3 du Code civil selon le Professeur M. Chagny (614), mais cela s'opposera à une autre tendance jurisprudentielle de la Cour de cassation visant à limiter les obligations des parties aux termes du contrat (615). Fonder une telle obligation sur une disposition textuelle n'est pas chose aisée, en revanche exiger un appel à candidature de la part du fournisseur au regard de l'efficacité du texte communautaire n'est pas dénué d'intérêt tant il est vrai que cela n'est qu'une illustration d'une réalité économique, juridique et pratique :

- Économiquement, les distributeurs informés de la mise en place des critères qualitatifs pourraient préjuger du coût que représenterait leur candidature et ainsi optimiser au mieux l'opportunité des investissements demandés.
- Juridiquement, exiger la communication des critères qualitatifs de sélection répond de l'exigence de transparence en droit des affaires et ne s'oppose pas à la notion *d'intuitus personae* en la matière, puisque finalement le fournisseur sera libre de choisir objectivement son partenaire contractuel, enfin l'interdiction des pratiques discriminatoires enjoint au juge de promouvoir l'égalité de traitement entre les candidats à l'entrée dans le réseau (616).
- Enfin, en pratique mis à part l'ancien distributeur, les distributeurs souhaitant être agréés doivent pouvoir être informés efficacement des perspectives d'un constructeur.

435. — Une telle solution de la Cour n'est qu'une illustration, selon l'opinion de Me Bertin, de la jurisprudence française, qui avait admis la licéité des systèmes sélectifs qualitatifs et quantitatifs sous réserve que les critères soient appliqués de manière non discriminatoire et en condamnant au demeurant les systèmes de présélection sans examen préalable du respect par les candidats des critères qualitatifs de sélection.

(614) JCP éd. E 2005, n° 47, 1701, p.2001, note M. CHAGNY.
(615) L'on pense notamment ici à l'absence de droit au renouvellement du contrat ou encore l'absence d'obligation pour le fournisseur d'aider à la reconversion du distributeur évincé.
(616) Rapp.Cons. conc.1987, p.18 ; CA Paris, 28 janvier 1988, Gaz. Pal. 1988, 1, Jur., p.208, note J.P MACHI; Cons. conc., 05 décembre 1989, n°89-D-43 ;*Chaussures de sport*, Recueil Lamy, n°381; Cons. conc., 16 novembre 1993, n°93-D-49 ;Recueil Lamy, n°562, obs. V. SELINSKY.

436. — Ce litige ne semble pas pour autant terminé, la Cour d'appel de renvoi, à savoir la Cour d'appel de Paris, a décidé de surseoir à statuer (617) dans l'attente d'une décision définitive soit rendue sur une plainte avec constitution de partie civile. Cet arrêt sera certainement passé inaperçu si la Commission européenne ne s'était pas portée « *amicus curia* » devant la Cour d'appel de Paris. Par application de l'article 15, alinéa 3 du règlement CE n°1/2003, la Commission peut soumettre ses observations à une juridiction lorsque l'application cohérente de l'article 101 ou 102 du Traité CE l'exige. Il y a fort à parier que la Commission entendait préciser la notion de distribution sélective quantitative. La Cour de cassation considère, pour sa part, qu'un système de distribution quantitatif n'est possible que si auparavant le constructeur a mis en place un certain nombre de critères qualitatifs appliqués de manière objective et sans discrimination. La Commission estime vraisemblablement que l'intensité des critères qualitatifs requis dans un système de distribution sélectif quantitatif ne peut être la même que celle exigée dans un système de distribution purement qualitatif.

437. — **Confirmation par l'arrêt Peugeot.** Une telle jurisprudence a été encore confirmée par la Cour de cassation le 06 mars 2007 (618).Le constructeur automobile Peugeot avait résilié le contrat de concession à durée indéterminée conclu conformément aux dispositions du règlement d'exemption n° 1475/95 qui le liait avec la société SA Ferry Automobiles. Le concessionnaire, outre la question de la rupture brutale et abusive du contrat, contesta le bien fondé du refus d'agrément qui lui avait été opposé (619).Le comportement considéré comme discriminatoire par l'appelante était constitué par :

- le fait que la présélection des distributeurs opérée par le constructeur avait abouti à la reconduction de 98 % de son réseau,
- et par l'ignorance dans laquelle elle avait été placée quant aux critères quantitatifs sélectifs qu'on lui opposait et dont elle

(617) CA Paris, 5ème Ch. Sect. B., 07 juin 2007, *SAS Garage Gremeau c/ Société Daimler Chrysler France*, RG n° 05/17909. La décision de sursis à statuer est liée à la saisine par la société Daimler Chrysler du Doyen des Juges d'instruction du TGI de Dijon d'une plainte avec constitution de partie civile des chefs de faux, usage de faux, tentative d'escroquerie et escroquerie. Ce comportement imputé à la société Garage Gremeau semblait destiné à donner une apparence de régularité à diverses ventes de véhicules de la marque Mercedes Benz à des revendeurs étrangers au réseau de distribution exclusive.
(618) Com. 06 mars 2007, *Sté Ferry Automobiles*, n° 05-17011.
(619) L'argumentation du concessionnaire évincé n'était pas directement fondée sur le règlement n°1400/2002 mais sur l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce réprimant les pratiques discriminatoires. Cela est remarquable en soi car les précédents jurisprudentiels relatifs à cette question ne faisaient pas référence, du moins en principal, à cette disposition de droit interne.

estima de surcroît qu'ils étaient dépourvus de toute pertinence.

438. — Sur ce point, la Cour d'appel de Paris estima que le constructeur était libre de choisir, dans le cadre de la réorganisation en cause, la localisation des points de vente. La méthode de sélection quantitative excluant le concessionnaire était justifiée et sa mise en œuvre répondait de critères objectifs et précis (620).

439. — La Cour de cassation, saisie sur le pourvoi de la société Ferry Automobiles, jugea en ces termes : « l'arrêt retient que la méthode de sélection quantitative appliquée au cas d'espèce, expliquée et justifiée au moyen de diverses pièces, notamment une note interne du 25 juillet 2002, repose à titre principal sur un maillage territorial avec une définition de pôles d'attraction et, à titre subsidiaire, sur l'utilisation des précédents objectifs contractuels de vente supérieurs à 300 véhicules ; qu'il constate que de tels critères, qui sont objectifs et précis, ont été mis en œuvre de façon uniforme ».

440. — La question semble donc tranchée en droit interne mais il a été peut être fait à tort l'économie d'un renvoi préjudiciel vers la CJCE.

3) La liberté de revente des distributeurs appartenant à un réseau de distribution sélective

441. — **Principes.** Le constructeur peut imposer la restriction habituelle en matière de distribution sélective, à savoir l'interdiction de revente à des distributeurs non agréés sur les marchés où la distribution sélective est pratiquée (article 4, point 1, b), iii) du règlement n°1400/2010 et Article 4, b), iii) du règlement n°330/2010). A l'inverse, ces distributeurs peuvent revendre à quiconque en fait la demande sur des territoires où la distribution exclusive est pratiquée, quelque soit la qualité du client sollicitant (621). Cette possibilité permet alors de larges opportunités d'alimentation licite du marché parallèle dans l'hypothèse où le fabricant a mis en place des réseaux de nature différente dans l'Union Européenne. En effet *« si le distributeur agréé vend à un distributeur non agréé sans commettre de faute contractuelle, celui-ci ne commet aucune faute délictuelle par le seul fait d'acheter et de revendre »* (622).

(620) CA Paris, 21 avril 2005, 5ème Ch., section B, *SA Ferry Automobiles c/ SA Peugeot*, n° Juris Data : 2005-271322.
(621) Considérant n°13 du règlement n°1400/2002 ; « Les accords de distribution sélective qui restreignent les ventes passives à tout utilisateur final ou distributeur non agrée établi sur des marchés où des territoires exclusifs ont été attribués doivent, en particulier, être exclus du bénéfice de l'exemption ».
(622) J. PASSA, *Le nouveau règlement d'exemption n°1400/2002 concernant la distribution de véhicules automobiles*; Propriétés intellectuelles, janvier 2003, p.76.

442. — **Choix opéré par les constructeurs.** Logiquement, les constructeurs ont fait le choix d'un système de distribution sélective en excluant toute distribution exclusive afin de diminuer les possibilités de revente aux opérateurs « *gris* ». Cependant, ils n'ont pu conserver la maîtrise totale de leur réseau car la Commission a pris garde d'éliminer un critère décisif ; à savoir le critère du service après-vente.

PARAGRAPHE 2 : LES MODES DE DISTRIBUTION ENCOURAGES PAR LE REGLEMENT

443. — Comme nous l'avons précédemment exposé, la Commission a fortement milité pour l'instauration d'un système de distribution sélective qualitative (623). Ce phénomène est d'autant plus accentué par l'interdiction du cumul entre la distribution exclusive et sélective, interdiction initiée par le règlement n°1400/2002 et confirmée par le dispositif applicable à compter du 31 mai 2010 (A).

444. — La fin du cumul entre ces deux modes de distribution et la dissociation du lien vente/service après-vente sont deux dynamiques du secteur qui ont permis aux opérateurs « *gris* » d'espérer acquérir la qualité de distributeur de véhicules automobiles (B). Face à cette opportunité accordée à ces nouveaux distributeurs, la Commission a aussi permis à l'ensemble du secteur de bénéficier de nouveaux procédés de commercialisation novateurs échappant au contrôle du fournisseur. Le règlement n°1400/2002 a effectivement permis de dynamiser le droit au multimarquisme (C) et a mis fin à la clause de localisation (D).

A. LA FIN DU CUMUL DISTRIBUTION EXCLUSIVE ET SELECTIVE

445. — Cette disposition, dont l'efficacité économique n'est pas certaine (2), mérite cependant d'être analysée de manière approfondie (1). Nous pourrons ainsi mieux comprendre les stratégies de distribution mises en place par les constructeurs (3).

1°) L'analyse de l'obligation de choisir entre distribution sélective et distribution exclusive

446. — **Constats.** Les constructeurs avaient mis en place un système de distribution exclusif et sélectif qui réunissait les deux avantages principaux de chacun des modes de distribution. Les fournisseurs

(623) En effet, l'exemption offerte par le REC 1400/2002 était acquise sans qu'aucun seuil de parts de marché ne soit prévu.

conservaient la maîtrise de leur réseau dans la mesure où le choix du distributeur se faisait selon des critères de sélection qu'ils avaient établis en toute liberté et les distributeurs se voyaient attribuer un territoire d'exclusivité. Le paramètre quantitatif était fortement présent puisque le nombre de distributeurs sélectionnés se limitait au nombre de territoires fixés par le concédant. Les constructeurs disposaient ainsi d'un réseau fortement structuré et discipliné, la revente aux opérateurs non agréés était quasiment impossible puisque synonyme de faute contractuelle. Les concessionnaires se disaient satisfaits du fait qu'ils disposaient d'une zone d'exclusivité leur permettant de rentabiliser leurs investissements.

447. — **Fondement de l'interdiction du cumul.** Or ce type d'organisation des réseaux de distributions et de réparations des véhicules automobiles est aujourd'hui banni, ce fut une affirmation solennelle de la Commission lors de l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 mais qui ne ressort qu'implicitement du texte définitif. Il faut au contraire accumuler plusieurs dispositions pour en déduire que les constructeurs sont contraints de faire un choix. Un auteur (624) a ainsi fondé cette interdiction sur la liberté d'établissement contenue dans l'article 5- 2, b) du règlement n°1400/2002 qui interdit de restreindre *« la capacité du distributeur appartenant à un réseau de distribution sélective d'établir des points de vente ou de livraisons supplémentaires là où dans le marché commun la distribution sélective est d'application »*. Effectivement, dès lors que le distributeur peut ouvrir d'autres points de vente, cela exclut toute référence à une quelconque exclusivité, alors qu'avant l'entrée en vigueur cette faculté pouvait être condamnée par le constructeur. Plus clairement, il semble que la fin de ce cumul soit déduit de la possibilité pour le distributeur appartenant à un réseau de distribution sélective d'effectuer des ventes actives et passives sur tout le territoire de la communauté (625). Auparavant, ce distributeur ne pouvait pas réaliser ces ventes au nom d'une certaine exclusivité de territoire attribuée généreusement par le constructeur. Les lignes directrices sur les restrictions verticales sont davantage explicites : « *la combinaison de la distribution exclusive avec la distribution sélective ne bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie que si les ventes actives dans d'autres territoires ne sont pas limitées* » (626), ce qui réduit à néant l'intérêt d'appliquer un système de distribution exclusive justement fondé sur la notion de territoire. En tout état de cause, eu égard à la politique adoptée par la Commission, il y aurait de fortes chances que de tels accords cumulant les deux systèmes ne bénéficient pas de l'exemption.

(624) L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile*; Gaz. Pal. n° du 02 au 04 mars 2003, p.13 et s.
(625) P. ARHEL, *Le nouveau règlement automobile est arrivé*; Contrats, conc. consom octobre 2002, Chron. n°18, p.4.
(626) Lignes directrices sur les restrictions verticales, Considérant n°151.

2°) L'appréciation de l'efficacité économique de cette obligation de choix

448. — **Interrogations.** Il s'agit ici de se demander si l'obligation de choix imposée aux constructeurs automobiles est réaliste ? Peut-on sérieusement envisager un réseau de distribution dans lequel aucune référence au territoire ne serait présente, d'ailleurs en réalité quelle est la teneur de ce choix ? L'on peut aisément le reformuler de la manière suivante : les constructeurs doivent choisir entre la liberté quasi-totale de leurs distributeurs exclusifs ou la perte de contrôle des critères de sélection de la distribution sélective couplée à une liberté d'établissement de ces distributeurs.

449. — **Opinion de la Commission.** Au contraire, la Commission répond qu'il s'agit d'une réelle option offerte aux constructeurs automobiles, elle avance au soutien de cette opinion que ces derniers peuvent mettre en place en fonction de leurs besoins des systèmes exclusifs sur certains marchés et sélectifs sur d'autres (627). Mais au final cette opportunité ne représente qu'une faible compensation, puisque, *a priori*, elle créerait des conditions de concurrence inégalitaires et constituerait un terrain favorable à l'entrée des revendeurs parallèles (628) considérés comme des revendeurs contre lesquels le réseau de ne peut lutter. Or nous verrons ultérieurement que cette affirmation n'est pas toujours véridique, en effet il n'est pas aujourd'hui certain que ces revendeurs parallèles présentent un meilleur rapport qualité/prix. Plusieurs facteurs sont à l'origine de la mise en place d'une telle option ; la Commission entendait favoriser de nouvelles formes de distribution, permettre au consommateur d'acheter son véhicule où il le veut et aussi mettre fin à l'effet corset crée par le règlement n°1475/1995. Ce règlement fut l'objet d'une critique virulente, il avait favorisé le développement de contrats de distribution quasi identiques mêlant les caractéristiques des deux formes de distribution. Cependant de nombreux auteurs dont l'opinion fut vérifiée dans la pratique ont conclut à un résultat contraire, les constructeurs ont été forcé de choisir la distribution sélective afin de se préserver des reventes aux non membres du réseau. La Commission ne conteste au demeurant pas que « *la distribution sélective est actuellement la forme prédominante de distribution dans le secteur automobile; elle est largement utilisée pour la distribution des véhicules automobiles, ainsi que pour la réparation et l'entretien des véhicules et la distribution de pièces de rechange* » (629).

(627) Considérant n°13 du règlement n°1400/2002.
(628) Terrain favorable facilité par la dissociation du lien vente/service après-vente.
(629) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°42.

3°) Le processus de sélection mis en place par les constructeurs automobiles

450. — **Choix des constructeurs.** L'étude de Maître Bertin à ce propos est d'un point de vue pratique extrêmement révélatrice des comportements prévisibles des constructeurs (630); ils ont opté pour un système de distribution sélective qualitative et quantitative (631). Malgré le fait qu'ils aient choisit le principe d'une distribution sélective, ils n'ont pas respecté la procédure logique qui l'accompagne ; ils auraient d'abord dû fixer leurs critères de sélection, effectuer un appel à candidature, et en dernier lieu sélectionner leurs distributeurs dans la limite d'un *numerus clausus* (632). Il serait fastidieux de décrire précisément les réactions de chaque constructeur automobile en France, nous renvoyons pour cela à la lecture de l'article de Maître Bertin, en revanche il se dégage des similitudes de comportements dont on peut rendre compte.

451. — **Phase 1 : résiliation des contrats en cours.** En premier lieu, tous les constructeurs ont annoncé à leurs distributeurs qu'ils résiliaient les contrats en cours avec un préavis d'un an, en application de la procédure extraordinaire de résiliation pour cause de nécessité de réorganisation du réseau prévue par l'article 5 §3 du règlement n°1475/1995. Ces démarches ont été entreprises durant le mois de septembre 2002.

452. — **Phase 2 : nouvelles propositions contractuelles.** Afin de respecter les exigences du règlement n°1400/2002, les constructeurs ont proposé plusieurs contrats à leurs distributeurs (633); un contrat de distribution sélective qualitative et quantitative pour la distribution de véhicules neufs, un contrat de distribution purement qualitative pour l'activité de service après-vente et parfois un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative pour la commercialisation des pièces de rechange. Ces propositions étaient faites aux distributeurs déjà présents sur le réseau, mais toutes les offres contractuelles n'étaient pas proposées à chaque agent. Par exemple, le constructeur Peugeot a envoyé une offre de contrat de réparateur agréé (uniquement) à une quinzaine de ses concessions, sans même leur signaler que d'autres activités étaient envisageables sous présentation d'un dossier de candidature. D'autres

(630) R. BERTIN, *Analyse des critères de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n° 1400/2002 du 31 juillet 2002*; D. 2002, Chron. p.1150 et s

(631) Seul le constructeur Suzuki aurait préféré le système de distribution exclusive, ce choix s'expliquerait par le « faible niveau de pénétration de la marque », elle ne pouvait requérir une sélection ardue de ces distributeurs et ne pas leur offrir un territoire d'exclusivité.

(632) Procédure désormais confirmée par la jurisprudence rendue à ce propos ; Cf.

(633) Quelques différences sont à noter dans le processus mis en place par chaque marque, mais l'on peut néanmoins toutes les réunir au sein.

constructeurs ont fait part de toutes les opportunités à chacun de leurs partenaires.

453. — **Critiques de la présélection mise en place.** Cette façon d'opérer suscite de nombreuses critiques dans la mesure où les constructeurs ont en fait procéder à une présélection complètement arbitraire en *« décidant de proposer à la tête du client »* un, deux ou trois promesses de contrat (634), sans qu'aucun appel à candidature soit mis en place. D'ailleurs, les constructeurs ont été réticents à communiquer de manière transparente leurs critères de sélection. Ce comportement est très certainement attaquable dès lors que la sélection *« repose sur la seule base d'un intuitu personae ou firmae hérité de la distribution exclusive et non sur des critères objectifs et justifiés »*, et du fait qu'il constitue une *« pratique concertée favorisant indûment les distributeurs en place et faisant obstacles à l'arrivée libre et spontanée de nouveaux entrants »* (635). Enfin, Maître Bertin évoque le risque de condamnation des constructeurs automobiles sur le fondement de l'interdiction des pratiques restrictives issue de l'article L. 442-6, I, 1° et L. 441-6. Le premier de ces textes interdit la discrimination commerciale que pourrait constituer un refus d'agrément sans motif valables d'un distributeur répondant aux critères de sélection fixés par le fournisseur. Quant au second texte, il oblige le fournisseur à communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestations de services ses conditions de vente. Cette analyse a été confirmée par les juridictions du fond et la Cour de cassation (636).

B. LES FORMES DE DISTRIBUTION NOVATRICES OU L'APPROVISIONNEMENT DU MARCHE PARALLELE

454. — **Les moyens d'acquérir la qualité de distributeur.** Comme nous l'avons précédemment évoqué, tout nouvel opérateur peut dans un premier temps se porter candidat à la sélection qualitative et quantitative mise en place par les constructeurs , ou s'approvisionner auprès des distributeurs agréés.

455. — **La candidature à la distribution qualitative et quantitative.** L'obstacle qui subsistait pour les nouvelles formes de distribution était le critère d'un service après-vente performant, les constructeurs qui pouvaient inclure ce critère qualitatif dans leur sélection l'opposaient systématiquement aux grandes surfaces et revendeurs du

(634) R. BERTIN, *Analyse des critères de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n° 1400/2002 du 31 juillet 2002*; D. 2002, Chron. p.1150 et s
(635) R. BERTIN, *Analyse des critères de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n° 1400/2002 du 31 juillet 2002*; D. 2002, Chron. p.1150 et s
(636) Procédure désormais confirmée par la jurisprudence rendue à ce propos.

commerce électronique. Même si ce critère a disparu, la grande distribution avait anticipé, en effet il y a fort à parier que si le règlement n°1400/2002 n'avait pas opéré en sa faveur elle aurait développé les atouts dont elle disposait, c'est-à-dire les enseignes de réparation qu'elle contrôle. La grande distribution se servira de toute façon de ces infrastructures pour faire disparaître l'inquiétude des clients potentiels qui décideraient d'acheter un véhicule. Il est probable qu'elle inclura dans ces contrats de vente une garantie contractuelle dont l'exécution sera effectuée dans ces ateliers de réparation. En revanche, sauf à modifier et investir d'importants capitaux dans ces ateliers, ils ne pourront pas proposer à priori un réel service après-vente. Quant aux autres critères, la grande distribution et les *« commerçants électroniques »* sont à même d'y répondre ; ils disposent d'importants capitaux qu'ils pourront consacrer à la constitution d'un stock, à la formation du personnel et à l'aménagement de leurs locaux de vente (évidemment cela ne concerne pas les ventes au moyen d'Internet).

456. — **L'approvisionnement auprès des membres du réseau.** Les membres d'un réseau de distribution sélective ne peuvent revendre aux revendeurs non agréés sous peine de voir engager leur responsabilité contractuelle, ils seraient autorisés à réaliser de telles opérations uniquement sur les marchés où la distribution exclusive est pratiquée. L'approvisionnement auprès des membres du réseau de la distribution sélective est donc plus qu'aléatoire, quand est-il des distributeurs exclusifs ? *A priori*, ils sont libres de revendre aux non membres du réseau activement dans leur zone d'exclusivité et passivement à l'extérieur de celle-ci, mais vont-ils pour autant accepter les demandes émanant des distributeurs tels que les supermarchés ou les commerçants électroniques ? Le problème ne se pose pas si les constructeurs ne mettent en place aucun système de distribution exclusive, la seule exception pourrait se trouver dans les réseaux de distribution de véhicules de certaines marques asiatiques ne disposant d'aucun réseau structuré. Un auteur remarque à ce propos que les concessionnaires et les constructeurs sont peu enclins à *« trahir la cause de leur camp »* en vendant à la grande distribution, effectivement conformément à la théorie des jeux celui qui vendra en premier à la grande distribution en tirera le meilleur profit, mais dans le même temps il entraînerait la rupture d'un *"gentleman's agreement"* liant l'ensemble des constructeurs et des distributeurs (637). Cependant, il faut se demander quelles pourraient être les sanctions des distributeurs qui auraient refusé de vendre à ces opérateurs ; le refus de vente peut notamment être sanctionné au titre de l'entente, et en l'espèce, il est probable que le refus aurait son origine dans la volonté du constructeur, couplée à celle du distributeur exclusif, de protéger ses marges.

(637) C. et Y. TINARD, *La grande distribution française : bouc émissaire ou prédateur ?*, Litec, 2003.

457. — Trois agents économiques ont été amenés à jouer un plus grand rôle dans la distribution de véhicules neufs et de services de réparation et d'entretien : les mandataires/intermédiaires indépendants (1), les revendeurs opérant par Internet (2) et la grande distribution(3).

1°) L'activité de mandataire intermédiaire

458. — **La qualité de mandataire/intermédiaire.** Le souhait de la Commission de faciliter l'accès du consommateur à l'intégralité du marché communautaire et de le faire bénéficier des disparités de prix entre les Etats membres a permis l'essor d'un nouvelle catégorie de revendeur, à coté de celle des revendeurs traditionnels : les mandataires/ intermédiaires (638). Les constructeurs ont alors tenté pesé de toute leur influence afin de clarifier la qualification de ces intervenants sur ce marché (639), une différenciation s'est alors opérée par rapport à d'autres revendeurs indépendants agissant pour leur propre compte. L'illustration jurisprudentielle de la résistance des constructeurs automobiles à l'émergence de cette catégorie de revendeurs réside l'affaire « *Eco-System* » opposant le constructeur *Peugeot* à l'un de ces mandataires, la société « *Eco-System* » (640. La plainte de cette société faisait suite à une circulaire que Peugeot avait envoyée à ses distributeurs par laquelle elle leur imposait de ne pas satisfaire aux commandes émanant d'« *Eco-System* ». La Cour de justice des Communautés européennes précisa tout d'abord quelle était l'étendue de la notion d'intermédiaire au sens du règlement n°123/85/CEE

(638) Il a été précisé que cet intermédiaire relève du statut d'agent commercial au sens de la directive du Conseil n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 (Rép.min. à QE n°16372, JO AN Q. 1er août 1994, p.3931 – Pour une étude récente sur ce point : Th. LAMBERT, *Le mandataire automobile acheteur/revendeur : autopsie d'une pratique*; D. 2006, Chron. p.582.
(639) Il s'agit de l'essor phénomène qui a inquiété les constructeurs, et notamment par son caractère opaque et incontrôlable : « On a assisté au développement d'une activité de rachat et de revente sans mandat pratiquée par des mandataires, agissant tantôt avec mandat et tantôt sans mandat, et à des achats et reventes opérés indépendamment de tout mandat par des revendeurs professionnels hors réseau » ; L. et J. VOGEL, *La distribution automobile à l'épreuve de la revente hors réseau – Bilan de la jurisprudence récente*; Rev. Lamy dr. Aff. 1998, n°8, n°474. Cette catégorie a suscité de nombreuses réactions de la part des constructeurs, du fait notamment de l'accroissement des ventes hors réseau que ces mandataires ont entraînées (Cf. D. FERRIER, *La concession automobile face aux revendeurs hors réseaux*; JCP éd. E 1996, Cah. dr. entr., n°3, p.13 – P. DURAND, Réflexions sur les mandataires automobiles face aux revendeurs hors réseau; D. Aff. 1997, p.1341 – R. GOYER, *Distribution sélective : étanchéité des réseaux et preuve de la concurrence déloyale* ; JCP éd. E 1997, Cah. dr. entr., n°1, p.1 – J.-G. HUGLO, *Importations parallèles et étanchéité des réseaux de distribution sélective*, Gaz. Pal. 1996, 2, p.1192.
(640) CJCE 16 juin 1994, Peugeot SA, Aff. C-322/93; Rec. CJCE I, p.2727 - JCP éd. E 1994, I, n°415, n°30 ; REDC 1992, p.179 et s., note S. PETROPOULOS. Suite à ce contentieux, la Commission la Commission a publié une communication le 18 décembre 1991 (Comm. 18 décembre 1991, JOCE 18 décembre 1991, C 329, p.20 - Contrats, conc., consom. 1992, n°12, p.11, Jus Letter 1991, n°40, p.3) afin de clarifier et définir précisément la catégorie de ces intermédiaires au sens du règlement no 123/85/CEE de la Commission du 12 décembre 1984.

de la Commission du 12 décembre 1984 : « *un intermédiaire peut être un professionnel, la seule condition requise par le règlement étant l'existence d'un mandat écrit* », pour confirmer ensuite la décision du Tribunal de Première instance selon laquelle « *l'article 3, point 11 du règlement nº 123/85/CEE du 12 décembre 1984 ne permet pas aux membres d'un réseau de distribution automobile de refuser de vendre les véhicules de la gamme visée par l'accord ou des produits correspondants à des utilisateurs finals utilisant les services d'un intermédiaire, au motif que ce dernier exerce son activité à titre professionnel* ». Finalement, cette double activité de mandataire/intermédiaire a reçu un traitement jurisprudentiel identique par la Cour de Justice (641) et par la Cour de cassation, elles l'ont considéré comme valable dès lors que les véhicules avaient été acquis régulièrement. Plus précisément, l'article 4 du règlement n° 1400/2002 et l'article 4 du règlement n°330/2010 sont rédigés de la même façon à quelques différences mineures près : « *l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet:[…]*

459. — b) la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, le distributeur ou le réparateur peut vendre les biens ou les services contractuels; l'exemption est néanmoins applicable à:

460. — i) la restriction des ventes actives sur un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre distributeur ou réparateur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes par les clients du distributeur ou du réparateur;

461. — iii) la restriction des ventes, par les membres d'un système de distribution sélective, de véhicules automobiles neufs et de pièces de rechange à des distributeurs non agréés sur les marchés où la distribution sélective est pratiquée, sous réserve des dispositions du point i) ».

462. — **Approvisionnement des mandataires/intermédiaire.** Autrement dit, le constructeur ayant opté pour un système de distribution sélective de ses véhicules peut restreindre la capacité de revente de ses distributeurs agréés aux mandataires hors réseau, sous réserve du cas dans lequel le mandataire agit pour le compte d'un consommateur, il doit alors présenter un mandat écrit indiquant le nom et l'adresse du

(641) CJCE 15 février 1996, deux arrêts ; *Grand garage Albigeois*, C-226/94, et *Nissan France SA*, C-309/94, « le *règlement n° 123/85* doit être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un opérateur, qui n'est ni revendeur agréé du réseau de distribution du constructeur d'une marque automobile déterminée ni intermédiaire mandaté au sens de l'article 3, point 11, de ce règlement, se livre à une activité d'importation parallèle et de revente indépendante de véhicules neufs de cette marque. Ce règlement ne s'oppose pas davantage à ce qu'un opérateur indépendant cumule les activités d'intermédiaire mandaté et celles de revendeur non agréé de véhicules provenant d'importations parallèles » ; RJDA 5/96, n°650 – D. 1996, IR p.94 - Contrats, conc., consom. 1996, n°43, obs. L. VOGEL.

consommateur (642). Le quatorzième considérant du règlement n°1400/2002 est davantage explicite, il précise que cette possibilité ne doit en aucun cas être restreinte par le constructeur, le distributeur appartenant à un système de distribution sélective peut seulement requérir du mandataire qu'il fournisse de plus amples informations sur la qualité du destinataire *« afin de se prémunir contre la revente à des revendeurs non agréés »* (643). L'activité semble donc aujourd'hui favorisée par le règlement ; l'arrêt « *Garage Grémeau* » est venu confirmer ce constat (644) : la société Daimler Chrysler France voulait réorganiser son réseau de distribution et résilia pour cela le contrat de concession qui la liait avec la société SA Garage Grémeau, concessionnaire exclusif à Chenôve, avec un préavis de deux ans venant à échéance au 30 juin 2003. Le concessionnaire a, par courrier recommandé du 28 septembre 2002, notifié à son concédant sa candidature officielle pour un contrat de réparateur agréé Mercedes Benz, la société Daimler Chrysler France lui a transmis le projet de contrat de réparateur agréé le 18 février 2003. Le 31 mars suivant, la société Daimler Chrysler France lui a envoyé les informations et la méthodologie nécessaires pour préparer sa candidature à l'audit qualitatif de sélection, elle refusa cependant de l'agréer en raison de violations du contrat de concession en cours, elle lui reprochait d'avoir procéder à des ventes hors réseau. La société SA Garage Grémeau se défendait de toute inexécution contractuelle sur ce point en opposant les mandats au nom d'utilisateurs finals qui lui avait présentés la société intermédiaire. Malgré le caractère fantaisiste des mandats produits et l'irrégularité qu'a pu démontrer le concédant, la Cour de cassation refusa de qualifier ces ventes de reventes hors réseau aux motifs que « *le contrat de concession n'exigeait, pour que les ventes hors réseau soient licites, qu'un mandat de recherche écrit préalable, sans exiger la production de documents d'identité ni la facturation directe à l'utilisateur final et que les mandats ne contenaient pas d'irrégularités flagrantes et n'imposaient pas au vendeur de procéder à des investigations complémentaires tandis que le caractère frauduleux de l'opération n'a été révélé qu'après une onéreuse enquête qui a duré trois mois* ». Autrement dit, ce n'est que face à des irrégularités explicites que la Cour imposera des limites face à ce type de ventes. Or le règlement n°1400/2002 et plus précisément sa brochure explicative, disposent que le concessionnaire peut demander la production de documents supplémentaires, et notamment des

(642) Brochure explicative du REC 1400/2002 p.49, point 5.2 - Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°52.

(643) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°39, p.49.

(644) Com. 07 mars 2006, n° 04-15300, sur un pourvoi diligenté par la société Daimler Chrysler France contre l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon rendu le 1er avril 2004. Cet arrêt a fait l'objet d'un second pourvoi de la part de la société SA Garage Gremeau jugé par la Cour de cassation le 28 juin 2005 (Cf. note n°) en ce qui concerne le refus d'agrément en qualité de distributeur de véhicules neufs.

documents d'identité, et que le fournisseur peut ponctuellement contrôler de telles pièces (645), il est alors légitime de s'interroger sur le manque de diligence en l'espèce de la part de la société SA Garage Grémeau : de nombreux mandats semblaient antidatés, la mention « *lu et approuvé* » était écrite en français (alors que les utilisateurs finaux étaient censés être italiens), la facturation, des aveux de la Cour d'appel, était peu orthodoxe...

463. — **Pratiques.** Finalement, plusieurs mécanismes juridiques peuvent encadrer les relations entre le mandataire et le distributeur qui lui fournit les véhicules ; il est rare en réalité que les mandataires achètent des véhicules qu'au regard des mandats d'acheteurs finals qu'ils pourraient détenir, au contraire, ils achètent des produits à titre prévisionnel. Souvent ces produits proviennent des flottes automobiles appartenant aux sociétés de crédit-bail (646), cependant ce type d'approvisionnement se réalise au mépris des obligations de l'entreprise de crédit-bail venderesse, cette dernier est alors qualifiée par le règlement de « *revendeur indépendant de véhicules neufs* » (647). Afin d'entourer une telle opération d'un voile de légalité, certains mandataires usent d'un stratagème ingénieux consistant à qualifier ce véhicule neuf de véhicules d'occasion (648); il s'agit alors de « *maintenir l'automobile acquise, y compris après livraison au consommateur, sous immatriculation étrangère pendant un certain délai en ne fournissant pas les documents administratifs nécessaires pour permettre une nouvelle immatriculation. Passé ce délai, le véhicule circulant depuis quelques mois est devenu d'occasion et peut faire dès lors l'objet d'une cession « officielle » régulière du fait de la transmission des documents qui l'accompagnent* ». La technique présente alors un avantage fiscal intéressant que l'auteur détaille : « *ce délai de six mois correspond à celui qui, avec la condition supplémentaire d'un parcours minimum de 6 000 Km, autorise à qualifier fiscalement en France un véhicule d'occasion au regard de l'imposition due au titre de la TVA en matière d'échanges intra-communautaires. De la sorte, la règle amène notre mandataire, intervenant fiscalement comme intermédiaire opaque pratiquant l'achat- revente, à ne s'acquitter de la TVA que sur la marge qu'il dégage dans l'opération, à savoir sur la différence entre le prix*

(645) Brochure explicative du REC 1400/2002, question n°39, p.49.
(646) Ces sociétés sont d'ailleurs considérées par le règlement comme des acheteurs finals (Cf. règlement n°1400/2002, article 1er, point 1, w) et Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°51).
(647) Règlement n°1400/2002, article 1er, point 1, w) : w) les sociétés de crédit-bail peuvent être qualifiées d'utilisateur final « sauf si les contrats de crédit-bail utilisés prévoient la cession de propriété ou une option d'achat du véhicule avant l'expiration du contrat » et Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°51
(648) Th. LAMBERT, *Le mandataire automobile acheteur/revendeur : autopsie d'une pratique*; D. 2006, Chron. p.582, n°9 et s.

d'acquisition de la voiture versé par lui et son prix de revente au client et non sur la totalité du prix du produit ».

464. — **Rôle du consommateur.** L'auteur recommande à ce stade au consommateur de faire preuve d'une vigilance particulière (649), et ceci au regard de deux éléments :

- l'article 1625 du Code civil impose la délivrance de la chose, mais aussi de « *ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel* », autrement dit les documents administratifs afférents au véhicule doivent être en principe remis concomitamment à la réalisation de vente.
- Le paiement de la TVA incombe au mandant par principe, puisqu'il est seul contractant du vendeur, le consommateur final devrait donc être tenu de ce versement, il lui appartient donc de vérifier que ce versement a été fait. Il peut alors au titre de son droit à de demander la reddition des compte et de la gestion à son mandataire.

2°) Le cas particulier de la grande distribution

465. — **Grande distribution et critères de sélection.** Les constructeurs se sont toujours opposés à la revente en supermarché de véhicules automobiles en raison de la technicité et de l'image du produit automobile (650). Effectivement, le produit automobile est porteur d'une

(649) L'auteur préconise notamment l'adoption des prescriptions retenues dans le modèle de contrat proposé par l'arrêté du 28 octobre 1996 (JO du 28 novembre 1996) relatif à l'information des consommateurs sur les prix et services offerts par les mandataires automobiles, et d'intégrer une clause claire indiquant que « pour le paiement de la TVA dans le cadre de l'acquisition intra-communautaire d'un véhicule neuf, les particuliers auront à effectuer eux-mêmes le règlement de la TVA auprès du Trésor Public ou, à défaut, auprès du mandataire par remise d'un chèque libellé à l'ordre du Trésor Public. La loi précise qu'en cas de recours à un mandataire, celui-ci sera tenu d'informer le mandant de cette obligation » (Avis du CNC en séance plénière, le 19 mars 1996 (BOCCRF du 23 avril 1996).

(650) La première initiative a émané d'un groupe d'hypermarchés puissant ; en 1999 il met en vente dans ces hypermarchés 308 véhicules Daewoo Nubira à un prix inférieur à 30% par rapport à celui pratiqué dans les concessions. Ces véhicules n'ont pas été achetés au constructeur directement mais par un intermédiaire qui avait passé commande pour équiper une flotte d'entreprise. Il est évident qu'un tel comportement de la part de Daewoo a provoqué la colère de ses concessionnaires scandalisés par cette violation de l'obligation d'exclusivité dont ils étaient les créanciers, un accord amiable fut mis en place afin d'indemniser les concessionnaires. Face à cette première initiative, d'autres ont suivi mais n'ont pas entraînaient le succès escompté. Plus largement, la prise en compte de la volonté de pénétration du marché européen de la part de constructeurs hors Union Européenne est problématique, ceux–ci sont soucieux d'économiser des frais de distribution et veulent être connus du plus grand nombre. L'on pense ici aux constructeurs asiatiques qui peuvent voir dans ce mode de distribution une réelle opportunité, sans médisance, l'on peut affirmer que leur image de marque ne souffrirait que très peu de la revente en supermarché. De plus, les clients trouveraient des ateliers de réparation attachés aux grandes surfaces en cas de problème

forte image de marque, comparable à celle des produits de luxe alors que la grande distribution aurait des méthodes de commercialisation dégradantes pour le produit axées uniquement sur le prix. En bref, l'image sociale, voire sentimentale, du véhicule automobile, associée à la réussite matérielle et à la liberté individuelle de se déplacer serait bafouée (651). Si ce mode de ce mode de distribution n'est pas envisagé en tant que tel, est-ce pour autant qu'il faille considérer que les constructeurs sont en droit de refuser l'accès de la grande distribution à ce marché ? Même s'il ne l'envisage pas en soi, un constructeur ne peut interdire ou limiter directement et expressément la vente en grande distribution de leurs véhicules, il peut seulement prescrire des critères de sélection que la grande distribution ne pourra jamais remplir et interdire la vente des véhicules par les distributeurs déjà en place à des acheteurs issus de la grande distribution. La grande distribution justifie son entrée dans le secteur par le fait que les réseaux classiques de distribution automobile auraient en quelque sorte organisé leur propre mise en danger du fait de l'absorption par eux d'une marge de 30% du prix de vente d'un véhicule. Mais un tel raisonnement ne saurait persister puisque la grande distribution serait soumise quasiment aux mêmes contraintes que les concessionnaires. Effectivement, la contrainte de stockage des produits est impérative si une entreprise veut réaliser des ventes permanentes d'un produit, or en matière d'automobile les concessionnaires peinent déjà à la satisfaire (sachant que la disponibilité d'un véhicule est un argument de vente très important). Bref, il n'est pas certain que tous les acteurs de la grande distribution souhaitent réellement réaliser tous les investissements nécessaires à la commercialisation des produits automobiles.

466. — **La grande distribution, passage obligé ?** L'autre question polémique posée de manière judicieuse par certains auteurs dans leur ouvrage consacré à la grande distribution est la suivante : *«la grande distribution réussira-t-elle à s'imposer dans les négociations pour avoir le meilleur prix comme elle l'a fait face aux grands fournisseurs de l'agro-alimentaire ?* » (652). Autrement dit, la question n'est plus aujourd'hui de savoir comment la grande distribution va pénétrer ce secteur de la distribution automobile, mais plutôt quels seront ses appétits. La réponse à une telle question dépend de nombreux paramètres, mais l'on peut affirmer sans risque que les constructeurs maintiendront leur politique tarifaire tant que la grande distribution ne sera pas un passage obligé et que les

(651) Me Jean-Louis Fourgoux fait justement remarquer sur ce point que « dire que l'automobile est un produit spécifique est un lieu commun. [...A titre d'exemple...] « Dans la pharmacie, les centrales d'achat existent, le médicament n'est-il pas aussi un produit spécifique ? » Propos recueillis sur le site : http://www.autoactu.com/ (dépêche du 26/01/06).
(652) C. et Y. TINARD, *La grande distribution française : bouc émissaire ou prédateur ?*, Litec, 2003.

constructeurs asiatiques n'auront pas de fortes parts de marché sur le territoire européen.

467. — **L'exemple Turbo Europe.** Ils ont pu être confortés dans leur analyse par le Conseil de la concurrence, le 16 mai 2006 (653), ce dernier a rejeté la saisine de la société Turbo Europe, exploitant la marque « *auto-Eclerc* », visant à faire condamner les sociétés Renault SAS, Automobiles Peugeot SA et Automobiles Citroën SA pour des pratiques qui auraient pour objet et pour effet de l'exclure du secteur de la vente de véhicules automobiles neufs. Une telle saisine faisait suite au refus de ces constructeurs de lui proposer des offres de ventes de véhicules neufs, la requérante avait notamment demandé à bénéficier « *des meilleures propositions pour la livraison de certains véhicules* », les fabricants lui avaient opposé un refus en arguant de leur choix pour la distribution sélective qualitative et quantitative en application du règlement n° 1400/2002. La société Turbo Europe leur reprochait notamment « *un refus de vente qui résulterait d'une entente entre ces sociétés visant à évincer la grande distribution du secteur de la vente de véhicules automobiles et, et plus spécialement, à boycotter Turbo Europe* ». Même si nous ne nous attacherons à évoquer la solution du Conseil relativement à l'entente, il n'en demeure pas moins que la requérante soutenait au surplus qu'il existait une position dominante collective entre les sociétés visées, elle ne fut pas suivie en cela par le Conseil qui estima sur ce point que « *l'addition des parts de marché des constructeurs mentionnées et la constatation de certains liens structurels entre eux, [...] associées au fait que ces constructeurs ont choisi un même mode de distribution, sont insuffisantes pour présumer de l'existence d'une position dominante collective* ». En ce qui concerne les conditions d'accès aux réseaux de distribution des sociétés Peugeot, Renault et Citroën, le Conseil refusa de considérer que ces sociétés avaient opposé un refus d'agrément à la société Turbo Europe constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, en constatant simplement que le courrier adressé par la requérante afin de « *bénéficier des meilleures offres* » ne pouvait être aucunement analysé en une demande d'agrément Malgré la simplicité de cette solution, l'on saluera cependant le réalisme du Conseil !

468. — Pour autant, l'argumentation de la requérante fondée sur une demande de retrait du bénéfice de l'exemption du règlement n°1400/2002 n'était pas dénuée d'intérêt, elle ne fut cependant pas couronnée de succès dans la mesure où le Conseil fit preuve, ici encore, d'un certain pragmatisme : il constata tout d'abord que « *l'existence des réseaux de distribution sélective dont Turbo Europe dénonce les effets ne l'empêche pas d'importer des véhicules neufs, dont environ 80 % de marques*

(653) Cons. Conc., 16 mai 2006, n° 06-D-11 du 16 mai 2006 relative à une saisine de la société Turbo Europe disponible sur le site : http://www.conseil-concurrence.fr. Cette décision est devenue définitive en l'absence de recours exercé.

françaises, en quantité toujours croissante. Les représentants de Turbo Europe, entendus le 8 mars 2006, évoquent à cet égard un chiffre d'affaires en constante augmentation et envisagent, d'ici 2012, un développement sensible du réseau Auto-Eclerc qui passerait de 19 à 80 plates-formes de vente », pour considérer que « *les éléments versés au dossier sont insuffisants pour envisager que le cumul d'obligations contractuelles similaires par les principaux constructeurs soit à l'origine d'une atteinte significative à l'accès au marché ou à la concurrence* ».

469. — L'on retiendra d'une telle solution que la requérante ne pouvait espérer davantage au regard de la faiblesse de son argumentation développée devant le Conseil. M. E. Leclerc tenta par la suite une procédure devant le Tribunal de commerce de Paris, sa demande était fondée sur les mêmes moyens que ceux développés et rejetés par le Conseil de la concurrence. Il fût débouté par une décision du 13 mars 2008 (654).

470. — En réalité, la Grande Distribution n'effraie pas en tant que telle les distributeurs traditionnels organisés en réseau, ce qui est source d'inquiétude ce sont les centrales d'achat que la grande distribution ne manquera pas de créer si elle accède à ce marché. Dans ce cas là, il est alors certain que la négociation par le prix sera la référence vis-à-vis des constructeurs et la concurrence par les prix sera la nouvelle donne entre distributeurs de la marque. En revanche, si la surproduction continue à être une donnée récurrente et devient alors structurelle au sein de ce marché, la grande distribution pourrait être un nouveau débuché, et « *un élément de concurrence qui concourra à faire baisser les prix* » (655).

3°) La distribution de véhicules automobiles sur Internet

471. — **Adaptation des réseaux.** Peu après l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, un sondage Autoactu.com/TNS Sofres était publié le 22 mars 2006 sur le site Autoactu.com (656). Selon cette étude, il semblerait que trois quarts des professionnels de la vente d'automobiles neuves « *croient à l'essor du commerce automobile sur Internet* » alors pourtant que seulement 10 000 à 12 000 véhicules ont été vendus par ce type de distribution en 2005. Ces chiffres démontrent-ils que la spécificité du produit automobile s'adapte mal à la distribution en ligne ? Ou au contraire ne faut-il y voir que les prémisses d'un développement ultérieur ? Ce développement sera-t-il le fruit des efforts des distributeurs déjà en

(654) T. com. Paris, 15ème Ch., 13 mars 2008, *SARL Turbo Europe c/ SA Automobiles Peugeot, SA Automobiles Citroën et SAS Renault*, n° RG 2006008432.
(655) Propos de Me Jean-Louis Fourgoux recueillis sur le site : http://www.autoactu.com/ (dépêche du 26/01/06).
(656) http://www.autoactu.com

place, ou de nouveaux acteurs s'empareront-ils de ce marché (657) ? Certains considèrent aujourd'hui que la seconde hypothèse sera vérifiée, les distributeurs traditionnels éprouvant des difficultés à s'adapter aux nouvelles méthodes de travail issues de ce média (658). Toutes ces questions pratiques n'auront de sens que si les constructeurs automobiles ne mettent pas en place de stratégies protectrices visant à éradiquer ce canal de distribution (a) et notamment celui des revendeurs indépendants opérant exclusivement sur Internet (b).

a. Le principe de liberté de vente par Internet

472. — **Qualification de vente par Internet.** La Commission, consciente de ce travers, a émis un avertissement de principe lors de l'élaboration du règlement, elle a affirmé que « *toutes les actions que les fabricants pourraient entreprendre afin de protéger leurs circuits de distribution traditionnels du commerce électronique seront poursuivies* » (659). La Commission est particulièrement consciente de ce danger anticoncurrentiel (660) dans la mesure où, quelques années auparavant, elle a pu s'intéresser à ce problème au travers de l'approbation qu'elle a consenti à la société Yves Saint Laurent quant à son système de

(657) Et même parfois par le constructeur lui-même : la société Peugeot a ainsi organiser la commercialisation de l'un de ses modèles sur un site dédiés au déstockage de produits de marque, sans même tenter une telle opération à partir de son réseau.
(658) Propos de M. HENRI DE MAUBLANC, Président de l'Association du commerce et des services en lignes (Ascel) recueillis sur le site : http://www.autoactu.com/ (dépêche du 22/02/06). Même si le législateur a pu consacrer la liberté des agents économiques d'exercer leurs activités sur Internet (Loi n° 2004-57 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; JO n°143 du 22 juin 2004, p.11168.).
(659) XXXe rapport sur la politique de concurrence (2000), n°215.
(660) Plus généralement sur l'utilisation d'Internet par les distributeurs et sur ses conséquences en droit de la concurrence : E. BARBRY, *L'Internet et les réseaux de distribution* ; Gaz. Pal. 15-19 avril 2001, p.29 – N. CASTAGNON, *Internet et réseaux de distribution : lequel des deux contractants doit solliciter l'autorisation de l'autre pour créer un site Internet ?*; Contrats, conc. consom, octobre 2003, Chron. n°10, p.12 - C. COLLARD et C. ROQUILY, *Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implication en droit communautaire de la concurrence* ; LPA 03 avril 2000, n° 67, p.4. – N. CONTIS et G. CORDIER, Les accords de distribution à l'épreuve de l'Internet ; JCP G 2001, I, 313 – Y. DIETRICH et A. MENAIS, *La distribution sélective à l'épreuve du commerce électronique*, Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, n° 114, mai 1999 - R. FABRE, *Les contrats de distribution et Internet à la lumière du nouveau règlement communautaire* ; D. 2001, Chron. p.461 - D. FERRIER, *La distribution sur l'Internet* ; JCP E 2000, CDE n°2, p.12 – O. GAST et O. RENAUD, *Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur ?;* LPA 22 août 2001, n° 167, p.4 - Th. LAMBERT, *L'influence d'Internet sur la distribution* : constat et perspectives ; RJ com. 2002, n° 10, p.388 – A. NAPPEY, *La distribution sélective à l'épreuve de l'Internet ;* Expertise 2000, n° 237, p.150 - C. MANARA, *Web et distribution sélective : réseau contre réseau ?*; D. 1999, Jur. p.725 – S. POILLOT-PERUZZETTO, *Précisions sur le régime des clauses relatives à l'utilisation d'Internet par les distributeurs droit de la concurrence* ; Contrats. conc. consom. 2002, Comm. n° 51 - F. VANHAELEN et T. VERBIEST, *Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile* ; Comm. com. élec. 2000, Chron. n°13 – C. VILMART, *La distribution sélective bastion préservé du commerce électronique* ; Gaz. Pal. 27 juin 2001, p.2 -

distribution sélective (661). La Commission a décidé, au regard des lignes directrices accompagnant le règlement n°2790/1999 et à « *l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne* », qu'une « *interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction caractérisée des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999* » (662). La société YSLP a donc été tenue de modifier les dispositions de ses contrats de distribution, afin de permettre notamment à ses détaillants agréés, exploitant préalablement un point de vente physique, à vendre leurs produits également par Internet.

473. — **Appréciation par le Conseil de la concurrence.** Comme le remarque très justement le Professeur C. Prieto (663), même si l'on ne peut attacher à ce communiqué la valeur d'une décision ou d'un arrêt (664), il semble néanmoins qu'il soit à l'origine du choix opéré par le Conseil de la concurrence dans les affaires Festina (665), matériels hi fi et Home cinéma (666) et enfin produits cosmétiques et d'hygiène corporelle (667). Ces diverses affaires posaient ainsi la question de la validité du contrat cadre de

(661) Communiqué de presse de la Commission en date du 17 mai 2001, IP/01/713 (disponible sur le site http://europa.eu).
(662) Communiqué de presse de la Commission en date du 17 mai 2001, IP/01/713 (disponible sur le site http://europa.eu).
(663) Contribution de C. PRIETO au débat « l'interdiction de vente sur Internet constitue-t-elle une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/1999 », 20 novembre 2006, disponible sur le site : http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2006-11/msg00007.html.
(664) Cf. arrêt CJCE 10 juillet 1980, *SA Lancôme*, aff. 99/79, Rec. p.2511, point 11 : « *l'opinion communiquée dans une telle lettre constitue néanmoins un élément de fait que les juridictions nationales peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords en cause avec les dispositions de l'article 85* ».
(665) Cons. Conc, 24 juillet 2006, n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, disponible sur le site http://www.conseil-concurrence.fr ; RJDA 12/06, n° 1268. Cette décision a fait l'objet d'un recours de la part de la société Bijourama, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt en date du 16 octobre 2007 (n° RG 2006/17900) a confirmé l'analyse retenue par le Conseil de la concurrence. Outre une confirmation quant au fond de l'affaire, la Cour d'appel de Paris s'est aussi prononcée sur la recevabilité du recours diligenté par la société Bijourama. Le Ministère public soutenait, sur ce point, que la requérante n'avait pas d'intérêt à agir dans la mesure où la décision attaquée, en acceptant des engagements visant à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles dénoncées, avait mis fin au litige. Au surplus, elle n'avait pas la qualité de partie au sens de l'article L. 464-8 du Code de commerce. La Cour d'appel accepta le principe du recours en affirmant que la décision d'acceptation d'engagements n'avait pas pour autant mis fin au litige puisqu'elle n'avait pas fait droit- à l'intégralité des demandes de la société Bijourama.
(666) Cons. Conc. 05 octobre 2006, n° 06-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma, disponible sur le site http://www.conseil-concurrence.fr.
(667) Distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, Communiqué de procédure du 14 novembre 2006, disponible sur le site http://www.conseil-concurrence.fr. Les engagements proposés par ces sociétés ont fait l'objet d'une décision d'acceptation de la part du Conseil de la concurrence : Cons. Conc 08 mars 2007, n° 07-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

distribution de ses sociétés prohibant la vente des produits sur Internet au regard du règlement n°2790/1999 et de ses lignes directrices. Ces sociétés avaient mis en place de nombreuses restrictions à la vente de leurs produits sur Internet, la société Festina avait refusé d'agréer un revendeur de bijoux exerçant uniquement sur Internet aux motifs, non avoués, que son contrat de distribution sélective prohibait une telle forme de distribution, alors pourtant qu'elle avait ponctuellement et informellement autorisé quelques uns de ses distributeurs à utiliser Internet. Suite à la saisine du Conseil, la société mise en cause a proposé de modifier ses contrats de distribution en intégrant des stipulations contractuelles applicables à la vente à distance, notamment la vente par Internet, dont pourront bénéficier tous les membres de son réseau, tout en refusant une diffusion de ses produits par des revendeurs opérant exclusivement sur Internet, cette dernière restriction ne fut pas condamnée par le Conseil de la concurrence (668).

474. — **Matériels Hi-Fi et Home cinéma.** Dans l'affaire dite des distributeurs agréés de matériels hi fi et Home cinéma (669), les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle ont proposé au Conseil de la concurrence

(668) Le Conseil a affirmé que « *si aucun texte ne prévoit explicitement la possibilité pour l'organisateur d'un réseau de réserver la vente sur Internet aux membres de son réseau, une telle solution apparaît compatible dans un certain nombre de cas avec les règles de concurrence applicables aux restrictions verticales* ». Au regard du règlement n° 2790/1999, en l'absence de circonstances particulières, s'il ne dépasse pas une part de marché de 30 %, un fournisseur peut sélectionner ses distributeurs en retenant notamment comme critère qu'ils disposent d'un magasin pour accueillir le public et exposer les produits contractuels, c'est à- dire en excluant de son réseau les vendeurs « *exclusivement Internet* ». Dès lors qu'il est couvert par le règlement d'exemption n° 2790/1999, un tel fournisseur n'a pas à justifier ses choix. Le Conseil a ajouté que « *la Commission a déjà admis implicitement dans deux affaires la faculté pour un fournisseur de réserver la vente sur Internet à ses détaillants. En effet, elle a autorisé le 24 juin 2002 le système de distribution sélective de B&W Loudspeakers, fabricant britannique de haut-parleurs de qualité qui avait mis fin à des restrictions de concurrence caractérisées dans ce système, notamment à celle interdisant les ventes à distance par ses distributeurs y compris par Internet (communiqué IP/02/916 du 24 juin 2002) […] Dans une autre affaire, la Commission a, le 17 mai 2001, autorisé le système de distribution sélective de la société Yves Saint Laurent Parfums (YSLP) [..] Même si ces deux affaires ont fait l'objet de simples lettres administratives de classement, l'opinion exprimée par la Commission à cette occasion constitue un élément utile pour les autorités nationales de concurrence lorsqu'elles examinent un accord. Ainsi que l'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes notamment dans l'arrêt du 10 juillet 1980, SA Lancôme, (99/79, Rec. p.2511, point 11) « l'opinion communiquée dans une telle lettre constitue néanmoins un élément de fait que les juridictions nationales peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords en cause avec les dispositions de l'article 85* ».
Sur cette interdiction de principe, Me S. PROUST émet une opinion critique au sein de sa contribution diffusée le 20 novembre 2006 (« *l'interdiction de vente sur Internet constitue-t-elle une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/1999* », 20 novembre 2006, disponible sur le site : http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2006-11/msg00007.html). Il considère que cette interdiction parait « insuffisamment tenir compte de la plus value que peut apporter le recours à Internet dans les réseaux sélectifs […] un site Web peut ainsi être le moyen de mettre à la disposition des consommateurs des informations complètes et très utiles avant l'achat de produits techniques ».
(669) Cons. Conc. 05 octobre 2006, n° 06-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma, disponible sur le site http://www.conseil-concurrence.fr.

divers engagements et notamment celui de permettre de « *concilier le respect de l'image de marque et de la haute technicité des produits avec l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique de nature à favoriser tant la concurrence intra marque qu'inter marque, au bénéfice du consommateur* ». En revanche, une des sociétés avaient tenté d'exclure par principe de la vente en ligne deux gammes de produits de la marque, le Conseil refusa et la société en cause proposa de permettre la vente en ligne de ces produits mais à condition que « *les clients acheteurs puissent attester d'une écoute préalable de ces produits chez un distributeur agréé et du bénéfice de conseils personnalisés pour leur installation, le non respect de ces conditions pouvant constituer une cause de résiliation du contrat de distributeur. Ces conditions s'expliquent par le fait que les produits visés sont d'une haute technicité et que leur achat et leur installation sans les conseils de professionnels ne permettent pas au client de tirer tous les avantages des produits et peuvent de ce fait nuire à l'image de marque de la société* ».

475. — **Produits cosmétiques et hygiène corporelle.** Enfin, en ce qui concerne le secteur des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, toutes les sociétés concernées ont proposé au Conseil de supprimer de leurs contrats de distribution sélective toutes les restrictions à la vente sur Internet qu'elles imposaient par le passé à ses distributeurs agréés. Toutes ont consenti à permettre à ces distributeurs de développer leurs perspectives de vente par ce nouveau moyen de communication, mais une seule a accepté que des distributeurs non agréés puissent vendre ses produits sur le Net. La société Johnson et Johnson Consumer France (marque Roc et Neutrogena) propose « *l'adoption d'une « convention de distributeur agréé par Internet » qui ne serait pas liée à son contrat de distributeur agréé ; de la sorte, des distributeurs qui ne possèderaient pas de point de vente physique agréé (« pure players »), pourraient néanmoins être agréés par Johnson & Johnson pour distribuer ses produits par Internet, dès lors qu'ils répondent aux critères de sélection établis dans cette convention* » (670), critères qui au demeurant ne semblent pas être restrictifs en soit et pourront très certainement être justifiés par les exigences qualitatives de commercialisation de ces types de produits cosmétiques. Finalement, toutes

(670) Distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, Communiqué de procédure du 14 novembre 2006, disponible sur le site http://www.conseil-concurrence.fr. Les exigences sont les suivantes : « *l'obligation du distributeur d'offrir un site dont l'esthétique reflète la qualité des produits dermo-cosmétiques de Johnson & Johnson, site disponible 7 jours sur 7, 24 h sur 24 et dont les vitrines virtuelles devront être validées préalablement par Johnson & Johnson (article 4) […] l'existence d'un espace de « questions-réponses » réservé aux questions adressées au « Pharmacien Conseil » par le biais de boîtes mails interposées disponible de 9 heures à 19 heures[…] l'interdiction de répondre à une commande supérieure à 10 produits identiques sans en référer au préalable à Johnson & Johnson pour accord écrit (article 8), l'interdiction d'accepter une transaction avec un acheteur localisé en dehors de l'Union européenne ou de livrer des produits en dehors de l'Union européenne (article 8), et enfin 'obligation d'utiliser la zone ou l'entrepôt de stockage des produits comme site de préparation et d'envoi des commandes (article 9)* ».

les sociétés mises en cause ont accepté au final le principe d'une vente de leurs produits via le canal d'Internet, en revanche la dernière barrière qu'elles posaient, à savoir l'interdiction de vente par des plates formes de vente sans que l'on puisse véritablement identifier le vendeur professionnel utilisant les services de cette plate forme, absence d'identification propice par nature au développement de revente hors réseau, a été aménagée (671).

476. — **Vente en ligne et REC 330/2010.** La Commission européenne s'est saisie de la question et a expressément consacré ce nouveau mode de distribution (672). Les lignes directrices sur les restrictions verticales apportent à ce titre de nombreuses précisions après une affirmation de principe claire : « *tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits* » (673). Le texte du règlement rappelle que tous les distributeurs sélectifs « *devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par Internet* » (674), alors qu'en ce qui concerne les membres d'un réseau de distribution exclusive, il est fait une distinction selon que la vente est active ou passive. Dans le premier cas, le constructeur est en droit de limiter les ventes en ligne de son distributeur exclusif alors qu'il doit lui permettre de répondre à toutes les sollicitations émanant de clients situés sur d'autres territoires contractuels, il ne pourra que s'opposer au démarchage agressif tel le « *spamming* » ou la création de liens hypertextes ciblés. En revanche, en cas de choix pour la distribution sélective, le constructeur ne pourra édicter aucune restriction des ventes au moyen de ce média. La Commission, à grand renfort d'exemple, a différencié assez nettement ces deux modes de vente, même si sur le principe le simple fait d'utiliser un site Internet sans sollicitation directe et ciblée du client est un mode de vente passif (675). Le constructeur conserve néanmoins quelques prérogatives qui pour les plus importantes sont celles consistant à exiger un point de vente « *physique* », une certaine qualité technique du site et la limitation du recours aux plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels. Le constructeur peut donc imposer aux distributeurs de respecter certaines exigences de qualité dans leur communication électronique et notamment sur l'usage de la marque et du logo (676).

(671) Cons. Conc 08 mars 2007, n° 07-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.
(672) M. CHAGNY et S. CHOISY, *Les nouvelles règles applicables aux restrictions verticales de concurrence. Quels changements pour la distribution en ligne ?;* JCP éd. G 2010, n° 27, p.774
(673) Lignes directrices sur les restrictions verticales, Considérant n°52.
(674) Lignes directrices sur les restrictions verticales, Considérant n°56.
(675) Lignes directrices sur les restrictions verticales, Considérant n°51.
(676) P.THIEFFRY, *La distribution automobile sur Internet* ; Contrats, conc., consom. 2003, Chron. p.3 et s. L'auteur évoque au sein de cet article d'autres exemples de critères qualitatifs que les constructeurs peuvent intégrer à leurs contrats de distribution sélective et qui ne semblent pas être en contradiction avec le REC 330/2010.

477. — **Appréciations finales.** La première conclusion que l'on peut tirer de ces récentes affaires et de la réforme du règlement n°2790/1999 par le règlement n°330/2010 est « *qu'il sera extrêmement difficile de caractériser une justification objective à l'interdiction catégorique de vendre sur Internet, telle qu'elle est visée par le point n° 51 des lignes directrices accompagnant le règlement n°2790/1999, et que le juge n'y trouvera rien à redire tant que cela va dans le sens des nouvelles attentes du consommateur* » (677), attentes que M. Tabaka a résumé en quelques lignes ; à savoir qu'il est aujourd'hui totalement irréaliste « *d'imaginer l'Internet comme un canal de distribution totalement séparé, quasi hermétique aux activités commerciales se déroulant dans le monde physique* »(678). Cet auteur évoque au surplus le développement d'une nouvelle forme de concurrence intra marque ; en effet une concurrence entre membres du réseau de distribution sélective pourrait apparaître en raison de l'accessibilité aisée pour un consommateur des diverses offres proposées sur Internet par les divers membres. L'autre conclusion à laquelle l'on peut aboutir est une interrogation : les fournisseurs doivent-ils rédiger des contrats cadres de distribution exclusivement dédiés à la revente sur Internet, ou encore simplement modifier les contrats- cadres qu'ils ont pu d'ores et déjà conclure ? Nous opterons ici pour la seconde solution pour des raisons essentiellement pratiques, il ne saurait en effet être question de proposer aux opérateurs déjà en place une nouvelle procédure d'agrément afin de pouvoir proposer les produits sur Internet, au contraire un simple avenant au contrat –cadre suffirait.

b. Les revendeurs indépendants d'automobiles sur Internet

478. — Nous allons ici nous intéresser aux limites que pourraient opposer les constructeurs et les distributeurs à ce type de revente (679), chacun de ses protagonistes disposent d'armes juridiques différentes s'articulant autour du droit des marques (i) et de la notion de parasitisme économique et de concurrence déloyale (ii).

i L'obstacle à la revente sur Internet : le droit des marques

479. — **Utilisation du nom de la marque protégée.** Il est acquis que le fournisseur du réseau peut s'opposer à la diffusion de ces produits

(677) Contribution de C. PRIETO au débat « *l'interdiction de vente sur Internet constitue-t-elle une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/1999* », 20 novembre 2006, disponible sur le site : http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2006-11/msg00007.html.

(678) Contribution de B. TABAKA (Affaires juridiques et réglementaires société Babelstore SA/Priceminister.com) au débat « *l'interdiction de vente sur Internet constitue-t-elle une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/1999* », 20 novembre 2006, 17 novembre 2006, disponible sur le site : http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2006-11/msg00007.html.

(679) En effet, leurs perspectives d'approvisionnement via la qualité de membre d'un réseau de distribution sélective ou par des achats aux membres du réseau ont été traitées précédemment.

sur Internet dès lors que ce refus est justifié par des considérations relative à la protection de sa marque (680). Plus précisément, le droit des marques s'oppose à l'utilisation du nom de la marque du constructeur automobile sans son accord préalable, mais cela ne couvre pas l'utilisation par le distributeur aux fins de commercialiser le produit. La marge de manœuvre des constructeurs pour tenter de faire admettre des justifications objectives à une interdiction absolue de revente par ce type de distributeur paraît bien mince. En premier lieu, l'image de marque ne permet pas de s'opposer à la diffusion du produit par Internet (681), ensuite il semble que seule la contrariété à l'ordre public, la santé publique et la moralité peuvent justifier une interdiction.

ii Le parasitisme économique et la concurrence déloyale

480. — **Opposabilité du contrat de distribution.** Par principe, le contrat de distribution liant un distributeur et son fournisseur est un fait juridique aux yeux des tiers, mais ils ne doivent pas cependant entraver son exécution. Ainsi dès qu'ils ont connaissance du contrat de distribution, celui-ci leur est normalement opposable, *« ils ne doivent pas porter atteinte aux prévisions des parties, et ne pas pouvoir bénéficier indirectement des efforts comme des investissements déployés par le promoteur du réseau et par ses membres »* (682). Le commerçant électronique pourrait donc être inquiété au titre de la concurrence déloyale qu'il exerce contre les membres du réseau. La jurisprudence Azzaro a ainsi affirmé que *« celui qui commercialise sans être soumis aux contraintes habituelles des distributeurs agréés et bénéficie de la valeur publicitaire de la marque pour développer sa propre commercialisation commet un acte de concurrence déloyale »* (683).

481. — **Caractérisation du comportement.** Cependant, le seul fait de commercialiser des produits hors réseau ne suffit pas, il faut prouver que l'agent *« a profité de l'existence d'un réseau ».* Le revendeur opérant par Internet ne pourrait pas être accusé de concurrence parasitaire s'il revendait à des clients résidant sur un territoire où la distribution exclusive

(680) TGI Nanterre, 20 mars 2003, *Sony c/ Alifax* ; Comm. com. électr. 2003, comm. n° 64, obs. J.-C Galloux – D. 2000, AJ p.287, obs. C. MANARA : *« le droit d'usage d'une marque n'est pas une licence d'exploitation, il ne permet au distributeur que la seule utilisation de la marque à titre d'enseigne, documents commerciaux, publicité et ne justifie pas l'appropriation d'un nom de domaine reprenant les marques dont le fournisseur est titulaire [...] En s'accaparant l'usage à titre de nom de domaine d'un signe distinctif appartenant à une société, le distributeur se réserve l'exclusivité de la marque Espace Sony sur le réseau de l'Internet et prive le titulaire de la marque de la possibilité de constituer un site Internet sous la dénomination « espace-sony.com » où il regrouperait sous une charte commune, l'ensemble de ses revendeurs, outrepassant le droit d'usage qui lui a été concédé et se rendant ainsi responsable d'actes de contrefaçon ».*

(681) CA Versailles, 2 décembre 1999, *Pierre Fabre dermo-cosmétique* ; JCP éd. G 2000, II, 10282, note M. Vivant – D. 2000, p.93, note C. MANARA.

(682) Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec 2003, coll. Affaires finances, n°325.

(683) Com. 27 octobre 1992, *Azzaro*, D. 1992, 507, note A. BENABANT.

est pratiquée, il faudrait qu'il les ait directement sollicité en promettant par exemple des prix moindres que *« le distributeur X"*. Sa faute pourrait aussi consister à encourager les clients à bénéficier directement des avantages proposés par le distributeur local, par exemple en allant effectuer les essais chez ce distributeur ou se faire expliquer précisément les caractéristiques techniques du véhicules. L'atteinte à l'image de marque du réseau pourrait aussi constituer le fait générateur d'une action en concurrence déloyale, il suffirait pour cela que la commercialisation des produits soit réalisée dans des conditions sommaires, voire erronées, alors que les autres membres du réseau s'astreignent à de lourdes contraintes de commercialisation (684). Malgré ces remarques théoriques, il sera très difficile pour le plaignant de prouver de tels agissements (685), d'autant plus depuis l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 libéralisant considérablement l'approvisionnement licite du marché indépendant de la revente.

C. LE DROIT AU MULTIMARQUISME

482. — **Règlement n°1475/1995.** La Commission européenne a considéré dans son rapport d'évaluation sur le règlement n°1475/1995 que l'introduction du multimarquisme dans le secteur de la distribution de véhicules automobiles et de services de réparation par le règlement n°1475/1995 a eu un résultat décevant (686). Les objectifs d'intensification de la concurrence inter marques et de renforcement de l'indépendance des distributeurs n'ont pas été atteints (687). Ce règlement disposait dans son article 3-3 que le distributeur pouvait vendre des véhicules de différentes marques à la seule condition de disposer *« de locaux de vente distincts soumis à une gestion distincte, sous forme d'entité juridique distincte et de manière telle qu'une confusion de marques soit exclue ».* Ces dispositions n'avaient pas le mérite de la clarté, s'agissait-il de la gestion de la société au sens comptable ou encore d'une gestion matérielle, c'est-à-dire

(684) T. com Nanterre, 04 Octobre 2000, *aff. YSL c/ parfumsnet*, n° Juris Data: 2000-145332; Comm. com. électr. 2000, comm. n° 130, obs. J.-C GALLOUX – D. 2001, p.1317, obs. C. MANARA.

(685) Sachant que l'action en parasitisme économique pourrait à priori être intentée par le distributeur mais aussi par le constructeur puisque cette action ne nécessiterait plus aujourd'hui de « rapport de concurrence » (Cass. Com 30 janvier 1996, *Fleurs Eclairs c/ Office néerlandais des produits laitiers* ; D. 1997, Jur. P.232 note d'Y SERRA).

(686) Rapport Comm. CE, 15 novembre 2000, sur l'évaluation du règlement (CE) n°1475/1995, point n°277, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/competition.

(687) Cependant, même si le droit au multimarquisme ne fut pas une opportunité commerciale utilisée par les distributeurs en tant que telle, il n'empêche qu'une forme de multimarquisme existe déjà. En effet, ces dernières années les consommateurs ont vu poindre à la périphérie des grandes agglomérations ce que l'on nomme communément « *les villages automobiles* », ce sont des zones dédiées spécifiquement au produit automobile, et dans lesquelles le consommateur peut aller d'une marque vers l'autre sans changer de sites, il lui suffit souvent de faire quelques pas

exclusivement au regard de l'activité de vente ? La doctrine a pu conclure que la seconde proposition devait l'emporter en considérant que le considérant n°7 de ce règlement contenait l'expression suivante : *« gestion des locaux de vente ».* La lecture de ces deux dispositions a conduit nécessairement à considérer que *« l'accueil de la clientèle et la vente devaient être assurés par des personnels différents uniquement attachés à la marque »* (688). Toutes ces obligations auraient eu un coût important pour les distributeurs qui se seraient risqués à une telle entreprise, de ce fait *« les accords multimarques se limitaient habituellement aux cas dans lesquels un distributeur vend une seconde marque de la société mère ou dans lesquels la première marque représente une faible part de marché ou se situe sur un créneau spécialisé du marché »* (689).

483. — La réforme opérée par le règlement 330/2010 qui aura vocation à régir l'ensemble du secteur de la distribution automobile a profondément modifié l'étendue et la portée de ce droit à pratiquer la vente multimarque (2) par rapport aux solutions qui avaient été entérinées par le règlement n°1400/2002 (1).

1°) La faveur de la Commission pour le multimarquisme au sein du REC 1400/2002

484. — **Portée du multimarquisme.** Les considérants n°27 et 28 du règlement d'exemption n°1400/2002 posent ce principe du multimarquisme pour les activités de vente et de services après-vente. Le distributeur doit *« avoir la possibilité de vendre des véhicules de deux ou plusieurs marques qui ne sont pas entreprises liées »* ainsi que les pièces de rechange, et le réparateur peut *« offrir des services de réparation ou d'entretien pour des marques de constructeurs concurrents ».* Plus précisément l'article 5-1, point a), b), et c) réitère ces droits au travers d'une *« clause rouge »,* c'est-à-dire que son non respect n'entraîne pas l'inapplicabilité de l'exemption à l'ensemble de l'accord mais seulement à cette obligation spécifique. Le constructeur ne peut plus faire obstacle au souhait de commercialisation de plusieurs marques par son distributeur (a), mais il peut néanmoins mettre en place quelques mesures de protection de son image de marque (b).

(688) M.-L. DE CONTES, *Le règlement européen 1475/1995 relatif à la distribution automobile : quelles incidences sur la rédaction des contrats de concession ?;* D. aff 1995, n°2, p.35.
(689) Rapport Comm. CE, 15 novembre 2000, sur l'évaluation du règlement (CE) n°1475/1995, point n°208 et 276), disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/competition.

a. Les obligations restrictives du droit au multimarquisme

485. — **Illustrations.** L'introduction explicite de ce droit dans le règlement n°1400/2002 interdit par conséquent au constructeur de continuer à inscrire dans ses critères de sélection des obligations directes ou indirectes permettant au final uniquement l'exposition de sa marque. L'obligation indirecte révélatrice serait celle qui imposerait au distributeur d'exposer la gamme complète du fournisseur, la Commission l'avait pressenti puisque le considérant n°27 s'en préoccupe. L'obligation d'exposer la gamme complète du constructeur ne sera pas exemptée si elle conduit à *« rendre impossible ou excessivement difficile la vente ou l'exposition de véhicules produits par des entreprises non liées ».* Cette obligation a fait l'objet d'un exemple dans le règlement du fait que la gestion du stock est un problème récurrent pour les distributeurs d'automobiles ou de services de réparation. Le règlement permet ainsi d'éviter que le constructeur se prémunisse du multimarquisme en bouleversant les prévisions de stockage de ses distributeurs.

b Les prérogatives résiduelles des constructeurs

486. — L'article 1er-1, b) évoque les obligations qui peuvent encore être imposées aux distributeurs (de véhicules, de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien) :

- une obligation d'achat à hauteur de 30 % (i)
- une obligation de vendre les produits concurrents dans des zones séparées à l'intérieur de la salle d'exposition (ii),
- quant à l'obligation d'employer du personnel spécifique, elle peut être décidée par le distributeur mais il peut en faire supporter la charge financière au constructeur (iii).

i L'obligation d'achat à hauteur de 30 %

487. — **Qualification de l'obligation.** Pour la Commission cette obligation d'achat n'est pas une obligation de non- concurrence dans la mesure où le distributeur ou le *réparateur « n'est pas obligé d'acheter directement auprès du fournisseur la quantité précisée (jusqu'à 30 % des achats) »* (690). Il peut acheter ces produits auprès d'autres fournisseurs désignés par le constructeur, ou préférer s'adresser à un seul fournisseur. Si l'on compare cette disposition à la définition qui prévaut en droit français de la clause de non-concurrence, on peut conclure qu'il s'agit d'une clause de non concurrence ; *« elle empêche son débiteur de faire concurrence à son*

(690) Brochure explicative du REC 1400/2002, p33.

créancier » (691). Mais en réalité, cette obligation est pleinement justifiée au regard de plusieurs considérations.

488. — **Justifications.** La justification de l'obligation d'achat de pièces de rechange à hauteur de 30 % est directement liée au fait que le constructeur a conservé quelques prérogatives en matière d'approvisionnement de son réseau en pièces de rechange. Nous avons traité précédemment de cette question qui permet au constructeur d'imposer l'utilisation de pièces de rechange fournies par lui pour les réparations sous garantie notamment. Si cette prérogative n'existait pas, rien ne justifierait que le constructeur puisse imposer cette obligation d'achat auprès de lui. En revanche, en ce qui concerne la justification de l'obligation d'achat de véhicules à hauteur de 30 %, la légitimité d'une telle disposition est contestable. Il semble que cela soit l'existence même d'un contrat de distribution qui justifie cette obligation. A l'instar du distributeur qui doit pouvoir amortir convenablement les investissements auxquels il a consentis, les efforts qu'il a fait en satisfaisant aux exigences du constructeur doivent être récompensés, il serait logique de retenir la proposition inverse à propos des constructeurs : eux aussi sont en droit d'attendre un juste retour de leur agrément donné à un candidat. Il n'est donc pas choquant qu'un distributeur soit contraint d'acheter 30 % de ses produits contractuels auprès d'une source désignée par le fournisseur.

ii L'obligation de présenter les produits dans des zones de vente séparées

489. — **Eviter un risque de confusion.** Le texte ne donne pas de renseignements supplémentaires à ce propos, il semble que l'on puisse en revenir à l'interprétation qui avait été faite de cette disposition dans le règlement n°1475/1995. Vis-à-vis du consommateur, il s'agit pour lui de comparer objectivement les différentes marques, mais pour le distributeur cela est plus compliqué. Doit-il aménager plusieurs entrées au sein de son établissement ou doit-il simplement prévoir des murs de séparation ? Et comment doit-il utiliser le logo et les signes publicitaires de chaque marque ? Il semble que finalement le seul critère certain soit le risque de confusion entre les marques.

iii L'obligation d'employer du personnel de vente spécifique

490. — **Affectation finale du coût.** Comme à son habitude, la Commission ne fournit aucune précision quant à cette obligation, on sait seulement que le fournisseur doit *« en supporter les coûts additionnels ».* Un auteur nous livre les commentaires qui ont été faits à ce propos par un

(691) M. MALAURIE-VIGNAL et D. MAINGUY, *Lexique de droit de la distribution et de la concurrence* (1ère partie : A-D), Cahiers de droit de l'entreprise 1998, n°5, p.10 et s.

membre de la direction générale concurrence de la Commission (692), ce dernier a donné l'exemple du distributeur qui aurait un personnel assez important pour qu'une partie soit affectée à la vente d'autres marques, dans ce cas aucun coût additionnel ne devrait être supporté par le constructeur. Quant à la question de savoir si la prise en charge des constructeurs pouvait aller au-delà des *« coûts additionnels »,* la brochure explicative répond que le fournisseur ne peut octroyer de tels avantages, cela équivaudrait à une manœuvre indirecte pour favoriser sa marque au mépris des exigences du multimarquisme (693). Contrairement à ce que l'on pouvait imaginer, les concessionnaires ne se sont pas fermement opposés à cette prérogative du constructeur, même au stade du projet de règlement (694) qui ne réglait pourtant pas la question de la prise en charge financière de cette obligation. Ils étaient conscients du comportement versatile d'un vendeur multimarques, ce dernier étant forcément influencé par la commission qu'il perçoit et donc au final pénaliser le consommateur. Autrement dit, ils étaient convaincus du risque de parasitisme commercial d'une telle pratique.

491. — **Exemples.** Deux constructeurs de véhicules automobiles ont dévoilé à la Commission les dispositions contractuelles nouvelles qu'ils entendaient inclure dans leurs contrats de distributions afin de satisfaire aux exigences du multimarquisme (695). Le constructeur BMW a accepté que ses distributeurs et réparateurs utilisent leurs installations pour distribuer des véhicules d'autres marques sans être astreints à réaliser de lourds investissements, est-ce pour autant que les lieux de vente devront être matériellement séparés ? Rien n'est précisé par la Commission sur ce point, mais il y a fort à parier que les constructeurs ont conservé la prérogative qu'il tenait de l'interprétation du règlement antérieur (rappelons sur ce point que le règlement n° 1400/2002 est muet). Afin de favoriser davantage ce nouveau mode de distribution, le constructeur a de la même façon permit à ces distributeurs d'utiliser des systèmes de gestion et des infrastructures informatiques génériques, c'est-à-dire des systèmes informatiques adaptés à la vente de plusieurs marques de véhicules automobiles. Une telle autorisation est novatrice dans la mesure où il est évident qu'imposer l'achat de plusieurs logiciels de gestion comptable et financière aux différents distributeurs souhaitant diversifier leur offre commerciale est synonyme de coûts financiers supplémentaires. Le constructeur General Motors n'est pas allez aussi loin que son concurrent

(692) P. ARHEL, *104 questions/ réponses sur le nouveau règlement automobile (la brochure explicative)*, LPA 27 novembre 2002, n°237, p.7 et s.
(693) P. ARHEL, *104 questions/ réponses sur le nouveau règlement automobile (la brochure explicative)*, LPA 27 novembre 2002, n°237, p.7 et s.
(694) C. BOURGEON, *Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie », Point de vue des concessionnaires*, Cahiers de droit de l'entreprise 2002, n°5, p.8 et s.
(695) Communiqué de presse de la Commission du 13 mars 2006. IP/06/302.

dans la libéralisation de ses conditions de distributions des produits qu'il fabrique (696). En effet, il a seulement supprimé la pénalité imposée en cas de non réalisation des objectifs, il a précisé que ces objectifs de résultats ne seraient imposés qu'en cas d'accord du distributeur, et qu'en tout état de cause la fixation de ces objectifs « *tiendra compte de leurs conditions commerciales locales, notamment de leur décision de vendre des marques concurrentes* ».

492. — **Multimarquisme et objectifs de vente.** Cette adaptation des objectifs aux conditions commerciales locales du distributeur pratiquant le multimarquisme est logique dans la mesure où « *le règlement prévoit que le constructeur ne peut imposer à son distributeur plus de réaliser plus de 30 % de ses achats auprès de sa marque, on ne peut donc pas exiger dans le même temps qu'il réalise 100 % des objectifs de vente de la moyenne nationale […] le constructeur perd une partie de son pouvoir d'imposition des volumes. A l'inverse, le distributeur entre dans une logique de définition de sa politique commerciale* » (697). La fixation de ces objectifs de vente avait suscité quelques débats devant la Commission ; en effet le constructeur proposait de mettre en place deux mécanismes de sanctions :

- L'un calculé par rapport au seul objectif négocié antérieurement par les parties,
- L'autre était fonction de l'efficience du distributeur en termes de pénétration commerciale par rapport à la moyenne nationale.

493. — La Commission opte pour le premier mécanisme proposé, la seconde proposition ne pouvant servir qu'à la fixation *ex-ante* des objectifs de vente, et non pas être utilisée comme une échelle de sanctions. Un tel choix s'explique par le fait que la Commission entend privilégier la prévisibilité des relations commerciales entre les parties, le distributeur ne peut être tenu responsable qu'au regard de ses engagements antérieurs. La volonté de la Commission de privilégier l'offre multimarque par rapport à l'offre monomarque a pu susciter quelques critiques, non pas juridiques, mais économiques dans la mesure où « *la logique d'exclusivité et de spécialisation dans une marque est efficiente et qu'un distributeur multimarque atteindra plus facilement ses objectifs, qui auront été diminués, et par voie de conséquence obtiendra des primes plus importantes qu'un distributeur monomarque* » (698).

(696) Communiqué de presse de la Commission du 13 mars 2006. IP/06/302.
(697) Extraits des propos recueillis par F. Lagarde suite à la publication par la Commission du communiqué n° IP/06/302, publiés sur le site Autoactu. Com le 16 mars 2006 ; entretiens avec Maître Christian Bourgeon.
(698) Extraits des propos recueillis par F. Lagarde suite à la publication par la Commission du communiqué n° IP/06/302, publiés sur le site Autoactu. Com le 16 mars 2006 ; entretiens avec Maître Joseph Vogel.

494. — **Obstacles structurels ou fonctionnels.** Le droit au multimarquisme est susceptible d'entraîner de nombreuses conséquences dans notre interne de la concurrence, il est évident que les notions de non-concurrence ou de concurrence fautive perdent de leur efficacité. Il semble ici encore que malgré la faveur de la Commission pour ce droit au multimarquisme, ce dernier n'ait pas connu le succès escompté et ce en raison de trois motifs explicités par Me Bourgeon (699), il existerait de nombreux obstacles structurels ou fonctionnels au développement du multimarquisme : « *le poids des structures monomarques en place, le système sélectif quantitatif adopté par la quasi-totalité des constructeurs qui leur permet de limiter la prolifération des panonceaux et, enfin, la structure de la rémunération* ». En pratique, les constructeurs ont mis en place des critères sélectifs qui encouragent *de facto* à opter pour le monomarquisme, il serait « *impossible d'accéder à la plénitude de la rémunération en développant une activité multimarque. Il est d'ailleurs permis de se demander si cette démarche ne constitue pas une restriction indirecte au multimarquisme au sens de l'article 5.1 du règlement 1400/2002* ». L'import ance du concessionnaire et la situation géographique du point de vente sont deux facteurs déterminants pour apprécier l'efficacité économique de la faculté de pratiquer une vente multimarque.

2°) Multimarquisme et REC 330/2010

495. — **Promotion du monomarquisme.** La faculté de pratiquer une vente multimarque a été considérablement réduite du fait de l'entrée en vigueur du règlement n°330/2010. Les lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles sont claires : « *En vertu de l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie dans le secteur automobile lu en parallèle l'article 5, paragraphe 1, point a), du règlement général d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux, un fournisseur et un distributeur de véhicules automobiles qui ne détiennent pas plus de 30 % du marché en cause peuvent convenir d'une obligation de monomarquisme qui oblige le distributeur à acheter des véhicules automobiles uniquement auprès du fournisseur ou d'autres entreprises désignées par ce dernier, à condition que la durée de ces obligations de non-concurrence soit limitée à cinq ans ou moins* » (700). La Commission prend cependant le soin de qualifier d'obligation de monomarquisme indirecte un certain nombres de comportements : inclure des normes qualitatives spécialement conçues

(699) http://christianbourgeon.blogs.argusauto.com/reglementation.
(700) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°26.

pour dissuader les distributeurs de vendre des produits de marques concurrentes, des primes subordonnées à l'acceptation par le distributeur de vendre en exclusivité une seule marque, des remises ciblées ou d'autres exigences, comme celle de créer une entité juridique distincte pour la marque concurrente ou l'obligation présenter la marque concurrente supplémentaire dans une salle d'exposition séparée dans un endroit géographique où le respect de cette exigence ne serait pas économiquement viable (701).

496. — - **Qualification.** Les prérogatives qui étaient celles du constructeur sous l'empire du règlement n°1400/2002 ont été incontestablement élargies dès lors qu'il peut imposer une obligation d'achat de ses produits contractuels à hauteur de 80 %. En effet, l'obligation de ne distribuer qu'une seule marque étant une obligation de non concurrence définie comme l'obligation « *d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause*» (702), il est clair qu'en deça de ce seuil de 80 % l'obligation ne sera pas qualifiée d'obligation de non concurrence, le constructeur est donc libre de l'imposer.

D. LA FIN DE LA CLAUSE DE LOCALISATION

497. — **Définition.** Jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, les constructeurs inséraient systématiquement dans leurs contrats de distribution sélective une clause de localisation. Cette clause, parfois appelée « *faculté d'essaimage* », interdisait aux distributeurs d'établir des points de vente supplémentaires, ou même des points de livraison (703). Certains constructeurs permettaient cependant la mise en place du service après-vente dans un autre lieu que celui de la vente. Cette clause était une prérogative importante à leurs yeux car elle leur garantissait une maîtrise efficace de leur réseau. Au contraire, la Commission considère cette possibilité comme inopportune dans le marché unique dès lors qu'elle restreint la capacité des consommateurs d'acheter leur véhicule dans

(701) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°32

(702) Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, Considérant n°31 (renvoyant à l'article 1er, §1, point d) du règlement n°330/2010.

(703) Certains contrats de distribution n'interdisaient pas en tant que telle la faculté d'essaimage mais en réduisaient considérablement la portée en imposant au distributeur souhaitant ouvrir d'autres points de vente de solliciter au préalable l'accord du fournisseur. Une autre variante de l'interdiction résidait dans l'obligation d'informer le fournisseur six mois avant la création d'un point de vente supplémentaire, ceci afin que ce dernier procède aux vérifications d'usage.

l'endroit qu'il désire. Les distributeurs seraient en droit « *d'exploiter de nouvelles opportunités commerciales par une présence physique à proximité des clients potentiels plus éloignés de leur point de vente initial* » (704). La Commission aiderait ainsi les distributeurs, libérés de l'emprise des constructeurs, à « *devenir des distributeurs de véhicules automobiles neufs à taille européenne* » (705).

498. — **Interdiction des clauses de localisation.** Afin de rendre réalisables ces différents objectifs, la Commission a introduit dans le règlement n°1400/2002 une disposition mettant fin à la clause de localisation ; l'article 5-2 b) interdit « *toute obligation directe ou indirecte faite dans un système de distribution sélective à tout distributeur de voitures particulières ou de véhicules utilitaires légers, qui restreint sa capacité d'établir des points de vente ou de livraisons supplémentaires là où dans le marché commun la distribution sélective est d'application* ». Avant d'analyser précisément cette prohibition mise en place par le règlement n°1400/2002 et non remise en cause par la réforme de 2010 (1), il faut noter que la clause restera admise pour la vente de véhicules lourds (706) et qu'elle n'est entrée en vigueur qu'en octobre 2005 (Article 12 du règlement n°1400/2002). De plus, les réparateurs sont aussi concernés par cette interdiction, ils pourront eux aussi décider librement de leur lieu d'établissement (Article 5-3 du règlement n°1400/2002). Cette interdiction a suscité évidemment de nombreuses critiques de la part des constructeurs automobiles, elles s'articulent essentiellement autour des conséquences néfastes d'une telle possibilité laissée aux distributeurs (2).

1°) Le droit d'établir des points de vente et de livraison supplémentaires

499. — Nous avons précédemment mentionné les objectifs de la Commission quant à cette disparition de la clause de localisation ; en résumé l'on peut affirmer qu'elle entend renforcer la concurrence intra marque, mais plus fondamentalement il serait intéressant de se pencher quelques peu sur les origines d'une telle mesure (a). La pression des constructeurs a néanmoins entraîné une certaine modération de la part des rédacteurs du règlement n°1400/2002, la liberté d'établissement des distributeurs (ou réparateurs agréés) reste conditionnée (b).

(704) Brochure explicative du REC 1400/2002, p.57.
(705) Brochure explicative du REC 1400/2002, p.57.
(706) La Commission présume que pour ce type de véhicules les acheteurs commerçants sont « *mieux placés que les particuliers pour acheter chez un concessionnaire situé dans une autre région du marché commun, et avoir accès à des conditions de vente plus avantageuses* » ; Brochure explicative du REC 1400/2002, p.57.

a. Les fondements juridiques de l'interdiction de la clause de localisation

500. — **Liberté du commerce et de l'industrie.** Les autorités de concurrence internes et communautaires sont attachées à la liberté du commerce et de l'industrie, ce principe fondamental fut décliné en plusieurs expressions selon que l'on place notre propos en droit interne ou en droit communautaire. En droit interne, cette liberté s'exprime au travers de la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire le droit pour toute personne physique ou morale de se livrer à l'activité commerciale de son choix. Cette liberté est générale et ne trouve de limites que pour certaines activités pour lesquelles l'obtention d'une qualification est requise, de plus aucune localisation des établissements ne peut être imposée. La seconde expression de la liberté du commerce et de l'industrie est ce que des auteurs ont judicieusement nommé « *la liberté d'exploiter* » (707), cette liberté signifie que le commerçant est libre de mener ses affaires comme il l'entend. Et il est notamment « *libre de décider de ses modes de distribution* » (708). Cependant, nous sommes conscients qu'une telle liberté peut valablement être revendiquée par les constructeurs, ces derniers seraient aussi en droit d'exploiter leur produit comme bon leur semblent et ainsi poser des limites de commercialisation.

501. — **Liberté d'établissement.** Le droit communautaire est d'un plus grand secours dans la recherche des fondements de l'interdiction. En effet, il semble que l'origine d'une telle interdiction soit liée à la liberté d'établissement de l'article 49 du Traité CE (associée à libre prestation de services). Il s'agit de garantir à tout ressortissant communautaire la liberté d'exercice de son activité sur tout le territoire de la Communauté. On notera à propos de ce droit d'établissement qu'il s'étend à la création « *d'agences, de succursales ou de filiales* » (article 49 du Traité CE). Après l'énumération brève des principes fondamentaux régissant l'activité économique, il apparaît évident que la clause de localisation contenue dans de nombreux contrats de distribution ne pouvait que recevoir la sanction de la Commission. Mais il n'était pas question pour autant de permettre un développement anarchique des distributeurs comme en témoigne l'existence de conditions au libre établissement.

b. Les conditions au libre établissement

502. — Le constructeur peut valablement requérir du distributeur qui souhaite ouvrir plusieurs points de localisation qu'il respecte certaines exigences de qualités (ii), il ne serait être question d'essaimer de manière anarchique des points de vente et de livraison (i). Si ces exigences ont été établies sous l'empire du règlement n°1400/2002, elles n'ont pas été

(707) J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, LGDJ, 25ème éd. n°61.
(708) J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, LGDJ, 25ème éd. n°61.

remises en cause et peuvent à notre sens être de nouveau opposées aux distributeurs dès lors qu'elles n'ont pas, a priori, d'effets anticoncurrentiels.

i « Un point de vente ou de livraison supplémentaire », une catégorie définie par la Commission

503. — **Point de vente.** Le point de vente est synonyme selon la Commission *« d'infrastructures nécessaires pour vendre des véhicules automobiles neufs »* (709). La Commission énumère ainsi ce type d'infrastructures, mais l'on peut affirmer que le distributeur peut ainsi recréer une structure de vente aux dimensions de son établissement initial. Le distributeur qui aurait de grandes capacités financières pourrait déposer un seul dossier de candidature et installer ensuite d'autres établissements dans toute l'Union Européenne.

504. — **Point de livraison.** Le point de livraison est *« un lieu où les véhicules sont remis à l'utilisateur final »,* il peut être exploité au coté d'un point de vente. Mais plus intéressante est l'opportunité offerte à un distributeur ne pouvant ouvrir qu'un point de livraison, ce dernier peut y *« installer des panneaux publicitaires ou y déposer des brochures »* (710) relatifs à son lieu de vente principal. Cette dernière possibilité peut apparaître très avantageuse pour le distributeur qui ne pourrait assumer financièrement les exigences du constructeur quant au point de vente supplémentaire.

ii Une structure répondant aux exigences du concédant

505. — **Exigences qualitatives.** Le considérant n°29 du règlement d'exemption n°1400/2002 fait état du pouvoir que conserve le constructeur en la matière ; il peut exiger *« le respect des critères de qualités appropriés applicables aux établissements similaires situés dans la même zone géographique ».* Et logiquement, le distributeur souhaitant s'implanter ailleurs ne peut fermer son point de vente initial, sauf à obtenir le consentement du concédant (711). Certains ont objecté que cette vérification de la part du concédant était difficile (712), mais elle n'apparaît pas impossible. Il incombe au concédant de mettre en œuvre des moyens de contrôle efficaces. Cependant une seule difficulté subsistera : comment contrôler qu'un point de livraison ne se livre pas à des ventes ? (713). Ceci d'autant plus que la Commission interdit la différence de traitement des commandes en fonction des lieux d'immatriculation des véhicules.

(709) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°53, p.58.
(710) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°53, p.58.
(711) Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°55, p.59.
(712) L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile*; Gaz. Pal, numéro du 02 au 04 mars 2003, p.13
(713) L. VOGEL, *De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile*; Gaz. Pal, numéro du 02 au 04 mars 2003, p.13

2) Les effets pervers de la faculté d'essaimage

506. — Permettre aux acteurs de la filière d'implanter librement leurs points de vente et de service après-vente reste une alternative vivement critiquée. Les conséquences néfastes entraînées par la fin de la clause de localisation seraient multiples ; en droit de la distribution, cela reviendrait à nier tout intérêt à la distribution sélective quantitative (a), mais plus grave encore serait la concentration de la distribution de véhicules autour de puissants opérateurs (b).

a. Clause de localisation et distribution sélective quantitative

507. — **Effets indirects.** Il a été avancé que le fait de priver les constructeurs du contrôle du nombre de points de vente et de livraison équivaudrait à priver d'intérêt toute distribution sélective quantitative et encourager ainsi, par un autre moyen détourné, le système de distribution sélective qualitative privilégié par la Commission. Il n'est pas encore possible de préjuger d'un tel impact, notamment en raison de l'entrée en vigueur « *décalée* » de cette possibilité contractuelle. Pour autant, la faculté d'essaimage a suscité un contentieux spécifique : un distributeur se voit refuser sa candidature au système de distribution quantitative mis en place par le constructeur en raison d'un numerus clausus déjà atteint sur le territoire géographique qu'il visait. Outre la question de la pertinence et de l'objectif du critère, le distributeur reprochait au fournisseur l'implantation sur ce territoire d'un distributeur d'une autre zone géographique ayant utilisé la faculté d'essaimage. Le Tribunal de commerce de Bordeaux a répondu en ces termes : « *ainsi, l'essaimage vient atténuer les effets de l'application des critères quantitatifs qui restreignent l'entrée de nouveaux partenaires, mais n'a nullement pour conséquence l'invalidation de ces critères ou l'attribution d'un caractère mensonger à cette application* », il a précisé au surplus que « *l'essaimage auquel elle ne pouvait s'opposer ne constitue pas une circonstance fautive* » (714).

b. Le risque de prise de contrôle du secteur par les opérateurs puissants

508. — **Distributeurs/Entrepreneurs.** La doctrine, très attachée aux distributeurs- entrepreneurs que l'on a coutume de nommer « *entrepreneurs schumpetériens* », c'est-à-dire ceux qui sont parvenus à force d'efforts et de rachats à constituer des véritables entreprises, constate avec regret qu'ils seront les grands perdants du règlement. Effectivement, il s'agit d'entrepreneurs considérablement endettés et dont la rentabilisation des investissements n'est pas terminée, ils ne pourront profiter des opportunités offertes par la fin de la clause de localisation et souffriront au

(714) T. com. Bordeaux, 08 février 2008, n° RG 2007F01420, *SARL Auto 24 c/ Division de la FMC Automobiles Land Rover France (SAS).*

contraire du développement accéléré de nouveaux entrants sur le marché de la distribution.

509. — **Supermarchés et « mega dealers ».** D'abord, ce sont les grandes surfaces qui pourront profiter de la faculté d'essaimage, il leur suffira de se porter candidat une seule fois et implanter de nombreux points de vente dans chacun de leur supermarché. Ensuite, les *« méga dealers »* pourraient devenir des distributeurs à dimension régionale. Ils auront utilisé dans un premier temps les possibilités de multimarquisme et ensuite celles relatives à la faculté d'essaimage. Au sein d'un territoire, ils deviendraient le passage obligé pour le consommateur local qui souhaiterait acheter un véhicule et à qui l'on pourrait proposer un point de livraison plus proche de son domicile. La Commission qui aurait voulu gommer toute référence à un territoire d'exclusivité n'aurait fait que l'accentuer. Enfin, il n'est pas certain que des baisses de prix s'en suivront, elles ne pourraient avoir lieu que si les distributeurs sont placés dans des conditions de concurrence égalitaires, or si le scénario pessimiste décrit ci-dessus se réalise les baisses prix voulus par la Commission resteront des vœux pieux.

3) Les effets de l'entrée en vigueur de la clause de localisation

510. — **Entrée en vigueur.** La suppression des clauses de localisation n'est entrée en vigueur qu'en octobre 2005 afin de permettre aux constructeurs et distributeurs de s'adapter. Ces derniers avaient cru pouvoir espérer un temps que la Commission préciserait davantage ce qu'elle attendait de cette suppression au sein des contrats de distribution, mais la Commission ne s'est exprimé qu'au travers d'un communiqué de presse laconique (715). Le Commissaire européen chargé de la concurrence, Mme Neelie Kroes, s'est félicitée de cette mise en place définitive de la clause de localisation car les concessionnaires ont pu alors « *ouvrir des points de vente en tout endroit [...] ce changement ouvre également la voie à des formules de distribution novatrices, telles que les points de vente multimarques* » (716). Le commissaire européen estime de plus que les garanties prévues par le règlement permettront aux constructeurs

(715) Communiqué de Presse de la Commission en date du 30 septembre 2005, IP/05/1208, disponible en ligne sur le site « Europa » : http://europa.eu; JCP éd. E, n° 42, 20 Octobre 2005, Act. 291.
(716) Communiqué de Presse de la Commission en date du 30 septembre 2005, IP/05/1208, disponible en ligne sur le site « Europa » : http://europa.eu; JCP éd. E, n° 42, 20 Octobre 2005, Act. 291.

« *d'écarter le risque de parasitage déloyal des efforts d'investissements et de promotion des concessionnaires en place* » (717).

511. — **Imprécisions des sanctions.** Malgré cette affirmation de principe de la Commission, elle n'a pas satisfait aux exigences de précisions demandées par les professionnels du secteur quant à la sanction à attacher en cas de persistance de la clause au sein des contrats au-delà de la date du 1er octobre 2005. On lit au sein du communiqué que « *Les constructeurs et les concessionnaires qui n'en maintiendraient pas moins des «clauses de localisation» après cette date pourraient faire l'objet d'une enquête de la Commission ou des autorités nationales de concurrence, ou encore d'actions en justice devant des juridictions nationales sur la base des règles du traité CE relatives aux pratiques commerciales restrictives (article 81). Le règlement ne traite pas les clauses de localisation comme des «restrictions caractérisées» pures et simples, mais c'est aux entreprises qu'il appartiendrait d'établir, dans chaque cas, qu'une telle clause respecte toutes les conditions requises pour justifier une dérogation au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE et, notamment, de démontrer que la clause présente des avantages qui l'emportent sur les effets restrictifs qu'elle produit* ».

512. — **Appréciation du risque de sanction.** Nous pouvons conclure à partir d'une affirmation que les constructeurs peuvent conserver, à leurs risques et périls, la clause de localisation dans la mesure où ils feraient la démonstration que cette clause présente des avantages qui leur permettraient de bénéficier d'une exemption individuelle. Cependant depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, le système d'autorisation préalable a disparu, ce n'est qu'en cas de litige contentieux que les constructeurs pourront connaître la sanction potentielle de la clause. En résumé, comme l'avait affirmé la Commission au sein du règlement, il s'agit d'une clause dite « *rouge* » qui n'est pas automatiquement exemptée par le règlement au-delà de la date du 1er octobre 2005, la Commission qui aurait à traiter de la légalité d'une telle clause devra procéder à une analyse concurrentielle en prenant en compte l'environnement juridique et économique de la clause, ainsi que ces potentiels effets anticoncurrentiels. La Direction générale de la concurrence de la Commission a précisé sur ce point, par l'intermédiaire de son chef adjoint Paolo Cesarini (718), que « *le Juge national, l'Autorité de concurrence, voire la Commission, saisi du caractère anticoncurrentiel de la clause, devra rechercher concrètement si la manière spécifique dont le constructeur a agi pour empêcher la délocalisation est justifiable du point de vue de la protection des investissements réalisés par les distributeurs en place […] il conviendra en pareil cas de procéder à un bilan concurrentiel mettant en balance les effets positifs et les effets négatifs*

(717) Communiqué de Presse de la Commission en date du 30 septembre 2005, IP/05/1208, disponible en ligne sur le site « Europa » : http://europa.eu; JCP éd. E, n° 42, 20 Octobre 2005, Act. 291.
(718) Intervention de M. Paolo Cesarini.

de la clause ». L'intervenant est allée jusqu'à préciser lors de cette allocution que « *la déstabilisation du réseau, voire les phénomènes de parasitisme qu'aurait pu induire l'essaimage, si le constructeur avait abandonné la clause, pourraient finalement ne pas constituer un avantage pour le consommateur* ».

513. — **Prise en charge du surcoût de livraison.** Ce communiqué de presse a cependant permit d'apporter quelques précisions techniques quant à la mise en œuvre de la clause de localisation, Mme Neelie Kroes a notamment affirmé que la création de points de vente secondaires ne devraient pas accroître les frais d'acquisition et de logistique des concessionnaires, une telle proposition trouverait sa cause dans le fait que *« le contrat en vigueur avec le constructeur continuant de préciser l'endroit où le constructeur doit déposer les véhicules commandés par le concessionnaire* » (719). Que doit-on déduire de cette mise au point incomplète ? Il y a fort à parier que le point de vente dit « *secondaire* » ne bénéficie pas des mêmes droits et exigences que le point de vente principal mentionné dans le contrat originel, mais alors pourquoi affirmer que cela n'entraînera pas de nouveaux coûts pour les distributeurs ? Cette disposition a suscité de nombreuses interprétations des professionnels du secteur ; certains ont pu conclure notamment que « *le distributeur pouvait obliger son constructeur à livrer ce point de vente secondaire en vertu du principe de non-discrimination* » (720), à l'inverse, Me Christian Bourgeon n'a pas partagé cette analyse, une telle prérogative ne serait être refusée au constructeur auquel on ne peut imposer *« une logistique à la carte* » (721). Les distributeurs devront donc, sauf précisions ultérieures de la Commission, assumer eux-mêmes les coûts de livraison attachés au transport des véhicules vers les points de vente secondaires. En revanche, la compensation de tels coûts peut s'effectuer à partir de l'avantage explicité par la Commission au sein de ce communiqué : « *les conditions d'achat et les objectifs de vente resteront ceux applicables au point de vente principal du concessionnaire* », autrement dit, il est possible pour un distributeur d'ouvrir un point de vente dans un Etat membre où le prix HT est le plus bas pour y bénéficier des conditions d'achat favorables. Ici encore, une telle possibilité est directement liée aux différences fiscales existant au sein de l'Union.

514. — **Exigences qualitatives du point de livraison.** L'autre marge de manœuvre des distributeurs résidait dans l'opportunité d'ouvrir

(719) Ce communiqué apporte une précision supplémentaire en cas de création d'un point de vente dans un autre Etat membre que celui du concessionnaire : un nouveau contrat ne doit pas être conclu avec l'importateur local, le constructeur peut cependant charger cet importateur de vérifier le respect des critères de qualité et les conditions d'achat et les objectifs de vente resteront ceux applicables au point de vente principal du concessionnaire.
(720) Débat organisé par la société AutoK7 et le site autoactu.com le 27 septembre 2005.
(721) Débat organisé par la société AutoK7 et le site autoactu.com le 27 septembre 2005.

des points de livraison aux lieux et places des points de vente puisque ces derniers n'ont pas à répondre aux exigences qualitatives d'un point de vente secondaire. Or le Communiqué du 30 septembre 2005 est totalement muet sur ce point, cette lacune est d'autant plus critiquable que le document traite du point de vente secondaire, il était en effet alors logique de se préoccuper de la question des points de livraison ! Une telle carence trouve certainement sa cause dans une certaine parcimonie de la Commission. Ce réalisme économique semble lié « *aux difficultés économiques des constructeurs allemands, à la poussée des marques japonaises, coréennes, et chinoises* » (722). Malgré cette interprétation protectionniste de la nouvelle politique de la Commission, le Porte Parole de la Commission J. Todd s'est défendu de tout revirement, selon lui « *c'est aux entreprises d'établir dans chaque cas que la clause de localisation respecte toutes les exigences requises pour justifier une dérogation au titre de l'article 81, §3 du Traité CE, et notamment, de démontrer que la clause présente des avantages qui l'emportent sur les effets restrictifs qu'elle produit* [...] » (723). Et c'est pour cette raison que la question du point de livraison ne suscitera, selon lui, aucune autre définition, le règlement permet déjà aux constructeurs d'imposer « *des normes de qualité sur les points de vente, les fabricants peuvent utiliser ces normes pour empêcher l'ouverture de simples points de livraison* », cette possibilité avait été explicité au sein de la brochure explicative (724) et continue donc d'être d'actualité. Le constructeur pourra vraisemblance limiter l'ouverture des points de livraison à condition qu'une telle limitation soit la seule manière d'empêcher les pratiques déloyales et parasitaires qui mettent en danger la survie de son réseau.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

515. — Il semble que la Commission ait entendu rompre avec une politique de dérégulation du marché pour préférer laisser une certaine marge de manœuvre aux constructeurs sans pour autant priver les distributeurs des perspectives de développement promises par le règlement. Pour autant, malgré le contexte réglementaire favorisant le multimarquisme, les distributeurs n'en ont pas fait usage, il apparait au surplus que les solutions retenues par le règlement général en pareil cas auraient pu être appliquées. C'est d'ailleurs pour cette raison que la réforme opérée en 2010 s'est orientée vers une incorporation du secteur automobile dans le règlement applicable aux restrictions verticales. L'effet corset tant dénoncé par les acteurs du secteur n'a pas disparu avec l'entrée en vigueur

(722) Analyse effectuée par Mme F. Lagarde au sein d'une dépêche d'actualité diffusée sur le site http://www.autoactu.com le 03/10/2005.
(723) Propos recueillis et publiés au sein d'une dépêche d'actualité diffusée sur le site http://www.autoactu.com le 05/10/2005.
(724) Cf. Paragraphe 1er de la présente section.

du règlement n°1400/2002 mais s'est accentué par la création systématique de réseaux de distribution sélective quantitative et alors que « *les systèmes de distribution sélective quantitative sont généralement perçus comme restreignant plus la concurrence intramarque que les systèmes de distribution exclusive, par exemple* » (725).

516. — Le droit communautaire de la concurrence a donc vocation à réguler les contrats de la distribution automobile, les principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire accentuent davantage cette influence. Il était donc nécessaire avant d'envisager les contrats qui en résultent, d'intégrer au préalable les impératifs issus du droit de la concurrence auxquels doivent impérativement se plier les parties.

(725) Rapport sur l'évaluation de la Commission sur l'application du règlement CE n°1400/2002 concernant la distribution et les services après vente dans le secteur automobile, disponible sur http://europa.eu.

SECONDE PARTIE
LES CONTRATS DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE

517. — **Un texte de droit de la concurrence ?** Si le règlement n°1400/2002 est en apparence un texte de droit de la concurrence, mais il n'empêche que ses implications directes en droit des contrats ont pu nous faire douter de sa nature (726). Deux causes nous ont amené à cette conclusion :

- Tout d'abord, le règlement recèle de nombreuses dispositions de droit des contrats et notamment de droit de la rupture contractuelle.
- Ensuite, l'incitation mise en place par la Commission consistant à adopter de manière forcée certains types de contrats nous permet de douter de sa nature. En effet, malgré la solution jurisprudentielle de principe retenue par la Cour de justice des Communautés européennes (727), le règlement, au travers de des clauses noires non exemptées et de sa

(726) Cette question n'est pas nouvelle puisque de nombreux auteurs en ont déjà traité lors de l'entrée en vigueur du règlement n°1475/1995, L. VOGEL, La dimension communautaire : vers un régime de droit commun du droit de la distribution ? , in La réglementation européenne de la distribution automobile : droit de la concurrence ou droit des contrats, Cahiers de droit de l'entreprise, 1997, p.35.
(727) CJCE 18 décembre 1986, Aff. 10/86, *Vag France c/ Etablissements Magne* , Rec. 1986, 4071 ; JCP 1987, I, 821, obs. P. DURAND.

politique de seuils, peut conduire à l'adoption de contrats types identiques.

518. — **Justifications.** L'intervention du droit communautaire dans le droit des contrats d'affaires n'est pas naturelle *a priori* (728), elle ne peut se justifier qu'en considération de deux éléments (729) : l'harmonisation des systèmes juridiques des Etats membres sur le fondement des articles 100 et 100A du Traité (devenus les articles 94 et 95) et la préoccupation d'assurer le libre jeu de la concurrence. Ce dernier objectif demeure la préoccupation essentielle du législateur communautaire, la régulation du contrat n'intervenant que de manière secondaire. La Commission devrait donc promouvoir ces deux objectifs lorsqu'il s'agit d'élaborer une nouvelle politique de concurrence, quel que soit le secteur considéré. Pourtant, certains considèrent que la motivation de la Commission serait autre ; d'une régulation de la concurrence elle tendrait à mettre en place une régulation du contrat (730), ce fût d'autant plus simple, selon M. Zoïa, que notre droit interne ne présenterait pas de dispositif légal ou réglementaire spécifiques aux contrats spéciaux entre entreprises (731).

519. — **Civilisation du droit de la concurrence.** Cette question, relative aux rapports que peuvent entretenir le droit des contrats et le droit

728 M. ZOÏA, *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, sous la direction de S. POILLOT-PERUZZETTO, thèse Toulouse, 1999, n°578 et s. - L. IDOT, *Droit communautaire et contrats, in Vers une culture juridique européenne ?,* colloque organisé par le Centre de droit des affaires de l'Université de Toulouse, sous la direction de S S. POILLOT-PERUZZETTO, LGDJ, 1998 - S. POILLOT-PERUZZETTO, *La validité des réseaux de distribution au regard du droit français et du droit communautaire, in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996 - L. IDOT, *La régulation communautaire des réseaux de distribution*, LPA 6 mars 1996, n° spéc. , p.35 - M. TROCHU, *Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de distribution,* D. 1995, Chron. p.179 - M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D. 1995, Chron. p.51 et s. – H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Préface de A. GHOZI, éd. PU Aix Marseille 2002 - J. HUET, *Les sources communautaires du droit des contrats, in le renouvellement des sources du droit des contrats*, Association Henri Capitant, LGDJ 1997, p.11 et s. – *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, colloque organisé par le Centre de recherches européen en droit des obligations de l'Université Paris XII et le Centre de droit des contrats de l'université de Lille II, les 29 et 30 mars 1999 ; Economica 2001 sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD - H. GAUDEMET-TALLON, *Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions*; Revue du marché commun et de l'UE, avril 2000, p.228 – E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse Nanterre 1996.

(729) J. HUET, *Les sources communautaires du droit des contrats, in le renouvellement des sources du droit des contrats*, Association Henri Capitant, LGDJ 1997, p.11 et s.

(730) M. Le Professeur B. Oppetit a synthétisé cette démarche de la Commission : « la sanction des agissements anticoncurrentiels prend la forme d'un véritable remodelage du contenu des accords, déjouant totalement les atteintes des parties » (B. OPPETIT, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, Revue des sciences morales et politiques, 1996, p.244).

(731) M. ZOÏA, *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, sous la direction de S. POILLOT-PERUZZETTO, thèse Toulouse, 1999, n°578 et s

de la concurrence (732), est de première importance dans la mesure où le contrat présentant un objet anti- concurrentiel risque l'annulation (733), ainsi l'objectif des autorités de concurrence n'est pas tant de s'intéresser au contrat en tant qu'expression de la volonté des parties, mais d'envisager son pouvoir perturbateur du marché. L'on voit donc se profiler la nature de ces rapports ; ce sont des rapports conflictuels, *« or il est deux façons de régler un conflit : soit par l'éviction d'un droit au profit de l'autre, soit l'absorption d'un droit par l'autre »* (734), combat dont il faudrait imaginer un vainqueur (735) ? L'idée selon laquelle ces deux corps de règles seraient en opposition permanente a pour origine deux principes : d'abord le droit de la concurrence aurait pour conséquence directe l'anéantissement de l'autonomie de la volonté, ensuite le contrat, en tant qu'instrument d'expression de la volonté des parties, serait totalement « *renfermé* » sur lui-même, en ce sens qu'il rejetterait « *hors de lui-même l'espace économique dans lequel se meuvent concrètement les parties* » (736). Nous ne trancherons pas la question de manière aussi radicale, l'exemple du règlement n°1400/2002 permet au contraire de conclure que les deux droits sont complémentaires ; les solutions de droit des contrats facilitent le libre jeu de

732 Parmi une abondante littérature sur ces interactions : O.-M. BOUDOU, *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence* (droit communautaire et droit français), thèse Paris II, 2001 – M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse Paris I, 2002 ; Dalloz, collec. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004 – F. DREIFUSS-NETTER, *Droit de la concurrence et droit des obligations*; RTD. 1990, p.369 et s. – L. IDOT, *La protection par le droit de la concurrence, in Les clauses abusives entre professionnels,* sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1998, p.71 – Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, in Le contrat au début du XXIème siècle*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.602 et s. – M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D. 1995, Chron. p.51 et s. – « Droit civil des contrats et droit de la concurrence à l'aube de l'an 2000 » ; Contrats, Conc., consom. 2000, p.1 – « Liberté contractuelle, transparence tarifaire et égalité entre concurrents » , Contrats, Conc., consom. 2003, p.3 – J. MESTRE, *Le juge du contrat, in Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun* , PUA, 1995, p.22 – B. MONTEL, *La violence économique, illustration du contrat entre droit commun des contrats et droit de la concurrence*, RTD com.2002, p.417 et s. – B. OPPETIT, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, Revue des sciences morales et politiques, 1996, p.241 – G. PARLEANI, *Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels, in Aspects actuels du droit des affaires* , Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p.881 – Y. PICOD, *Droit du marché et droit commun des obligations* , RTD com. 1998, p.1 et s. , et spéc. B. FAGES et J. MESTRE, *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, p.71 et s. – J. ROCHEFELD, Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats ; RTD. 2001, p.671 s. – L. VOGEL, *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence* ; Contrats, Conc., consom. 2000, p.7 et s – *Droit de la concurrence et droit des contrats* ; RDC 2004, n° 3, p.861 et s.

(733) Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, in Le contrat au début du XXIème siècle*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.601

(734) M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, D. 1995, Chron. p.51 et s.

(735) M.-A. Frison-Roche, *Concurrence et contrat*, in conférence Cour de cassation, Cycle Droit communautaire de la concurrence 2004, disponible sur le site : http://www.courdecassation.fr.

(736) M.-A. Frison-Roche, *Concurrence et contrat,* in conférence Cour de cassation, Cycle Droit communautaire de la concurrence 2004, disponible sur le site : http://www.courdecassation.fr.

la concurrence et, à l'inverse, la régulation opérée par le droit de la concurrence ne peut exister sans contrat (737).

520. — **Prise en compte de l'impact concurrentiel.** Nous assistons en réalité au phénomène déjà connu en droit interne ; à savoir *« la civilisation du droit de la concurrence »* (738). Nous devons en retracer les grandes étapes, ce qui nous permettra de conclure à l'existence d'un rapport de complémentarité.

521. — **L'arrêt Huard.** Le premier arrêt dont il faut rendre compte est l'arrêt Huard du 3 novembre 1992 (739). En l'espèce, l'ouverture du marché de la distribution de carburant aux grandes surfaces précipita de nombreux petits distributeurs indépendants vers la faillite, le pétrolier BP proposa alors à M. Huard le statut de commissionnaire afin de résister à cette vive concurrence. M. Huard déclina l'offre, mais sollicita de son partenaire une aide supplémentaire. Devant le refus du pétrolier, M. Huard l'assigna en paiement de dommages et intérêts. La réponse de la Cour de cassation fut étonnante : la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi en privant M. Huard des moyens de pratiquer des prix concurrentiels. L'on a pu parler de civilisation de la concurrence à propos de cet arrêt dans la mesure où *« l'article 1134, al. 3 du Code civil y était utilisé au support d'une analyse économique, tirée de règles du droit de la concurrence permettant de comparer les conditions contractuelles, discriminatoires, existants entre deux façons de distribuer ses marchandises et de vérifier si l'une n'est pas préjudiciable à l'autre »* (740).

522. — **L'arrêt Chevassus Marche.** L'autre arrêt audacieux est celui du 24 novembre 1998 (741), que l'on nomme communément l'arrêt Chevassus- Marche ; un agent commercial avait conclut un contrat d'agence commerciale pour la représentation exclusive des produits d'une société pour la zone géographique de l'Océan Indien. Or quelques années plus tard, cet agent devait faire face à la concurrence exercée par des centrales d'achat qui se fournissaient directement auprès de ses mandants.

---

(737) « *Le marché concurrentiel suppose d'une part la propriété privée, d'autre part la circulation des biens par échange de ceux-ci contre un équivalent monétaire, par le biais d'un contrat obligatoire entre l'offreur et le demandeur* » ; M.-A. Frison-Roche, *Concurrence et contrat*, in conférence Cour de cassation, Cycle Droit communautaire de la concurrence 2004, disponible sur le site : http://www.courdecassation.fr.

(738) D. MAINGUY, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats* ; Mélanges Cabrillac, p.165.

(739) Cass. Com. 3 novembre 1992, Bull.civ. IV, n°338, JCP, éd. E, 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY, RTD. 1993, obs. J. MESTRE - Contrats, conc. consom 1993, comm. n°45, obs. L. LEVENEUR – Rep. Defr. 1993, art. 35663, p.1377 et s. obs. J.-LAUBERT

(740) D. MAINGUY, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats* ; Mélanges Cabrillac, p.165.

741 Cass. Com. 24 novembre 1998, Bull.. IV, n°277 – JCP éd. E 1999, p.1242 et s., note C. JAMIN– JCP éd. G 1999, II, 10210, note Y. PICOD – RTD civ. 1999, p.98 et s., obs. J. MESTRE et p.646, obs. P.-Y. GAUTHIER – Rep. Defr. 1999, art. 36953, p.371 et s., obs. D. MAZEAUD– Quot. Jur. 22 déc. 1998, p.6, note P.M – Contrats, conc. consom 1999, comm. n°56, obs. M. MALAURIE VIGNAL.

La cour de cassation alla au-delà de sa précédente jurisprudence puisque elle déclara que *« manque à son obligation de loyauté et à son devoir de mettre son cocontractant en mesure d'exécuter son mandat, le mandant qui, informé des difficultés de son agent commercial, ne prend pas des mesures concrètes pour permettre à celui-ci de pratiquer des prix concurrentiels proches de ceux des produits vendus dans le cadre de ventes parallèles par des opérateurs concurrents ».* Le fait de prendre *« ces mesures concrètes »* n'est alors qu'une déclinaison de l'article 1134, al. 3 du code civil, mais dans une finalité d'utilité économique (742). La méthode utilisée par la Cour de cassation fut audacieuse dans la mesure où elle ignora l'adage *« specialia generalibus derogant »*. En effet, la Cour était théoriquement tenue de privilégier les solutions issues du droit spécial de la concurrence avant d'examiner celles du droit commun des contrats. Elle renversa cette perspective *« ne conservant que le fumet du droit de la concurrence et les critères vaporeux de la concurrence déloyale »* (743).

523. — **Intérêts.** La retranscription de cette question nous permet alors de comprendre l'utilité de la présence de ces obligations tirées du droit des contrats au sein d'un règlement d'exemption, il ne s'agit peut-être pas que d'une intrusion mal venue de la Commission dans les contrats de distribution, bien au contraire « *l'ordre concurrentiel étant le mode suprême il est apparu que la théorie générale des obligations devait être amendée par « l'effet utile » du droit de la concurrence* » (744). En plaçant l'épée de Damoclès que constitue le risque d'annulation du contrat (745), s'il présente des effets anticoncurrentiels, sur les entreprises, la Commission pose un certain nombres de contraintes issues du droit de la concurrence que nous avons précédemment explicitées, ces contraintes entraînent alors un contrôle rigoureux du contrat, il s'agit finalement de « *veiller à ce que ce qui a été perdu en dynamisme concurrentiel par la fermeture du réseau sur lui-même soit compensé par une concurrence suffisante à l'intérieur du réseau* » (746).

524. — **REC 330/2010.** Le changement radical de politique juridique qu'a été celui de la Commission lors de la réforme du règlement d'exemption applicable au secteur automobile a réduit considérablement la portée de ce corpus de règles contractuelles de protection spécialement applicables à ce secteur. Elles restent valables jusqu'en 2013 pour les

(742) J.-L. RESPAUD, *L'obligation de contracter dans le contrat- cadre de distribution*, Thèse Montpellier 2000, n°220 et s.
(743) D. MAINGUY, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats* ; Mélanges Cabrillac, p.165.
(744) A. PIROVANO, *Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution sélective, in Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, Philosophie du droit et droit économique, éd. Frison- Roche, 1999, p.211 et s.
(745) Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, in Le contrat au début du XXIème siècle*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.601
(746) M.-A. Frison-Roche, *Concurrence et contrat*, in conférence Cour de cassation, Cycle Droit communautaire de la concurrence 2004, disponible sur le site : http://www.courdecassation.fr.

contrats relatifs à la distribution de véhicules neufs mais peuvent désormais être écartées pour les contrats relatifs au service après-vente.

525. — La transformation du droit positif des contrats par l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 (Titre premier) n'est pas la seule conséquence de l'influence importante des impératifs issus de droit de la concurrence. Il y a fort à parier que le législateur et le praticien devront faire preuve d'imagination pour préserver le modèle de distribution en réseau (Titre second)

TITRE PREMIER : LA REPONSE POSITIVE

TITRE SECOND : LA REPONSE PROSPECTIVE

TITRE PREMIER :
LA DIMENSION POSITIVE

526. — **Historique.** Le contrat de distribution automobile est apparu sous le terme « *concession* », ce vocable est ainsi directement emprunté au vocabulaire juridique de droit public ; la puissance publique concède à un bénéficiaire un monopole (qui peut être de gestion, de construction, d'exploitation ou d'usage) moyennant certaines obligations définies préalablement au sein d'un cahier des charges. Cet emprunt au vocabulaire de droit public n'apparaît pas anodin, il dénote « *l'inégalité des partenaires* » et le fait que ces contrats « *confèrent une sorte de monopole au concessionnaire* » (747).

527. — **Définitions.** Or malgré l'importance en pratique d'un tel contrat et le succès qu'il a pu rencontrer, le juriste se trouve bien démuni lorsqu'il tente de rechercher une définition précise de la notion, et ceci notamment de par l'absence d'intervention législative en la matière. L'on saluera cependant la démarche de plusieurs parlementaires à partir des années cinquante et jusqu'à la fin des années soixante-dix (748), démarches

(747) PH. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec 2003, coll. Affaires finances, n°1.- Dans le même sens : C. CHAMPAUD, *La concession commerciale*, RTD com 1963, p.454, n° 2.

(748) Propositions de M. DALADIER, n° 11283, Ass. Nat. Session 1956-1957 – Propositions de M. DALADIER, n° 5087, Ass. nat. Session 1956-1957 – Propositions de M. LACHEVE, n° 7, Cons. Req. 1956-1957 – Propositions de MM. GLON et COUSTE, n° 891, 2ème session, Ass. nat. Session 1973-1974 – Propositions de M. TURCO, n° 1904, 1ère session, Ass. nat. Session 1975-1976 - Propositions de MM. GLON et COUSTE, n° 981, 2ème session, Ass. nat. Session 1975-1976 - Propositions de MM. LAURIOL et ANSQUER, n° 529, 2ème session, Ass. nat.

qui ont abouti indirectement au sein d'une circulaire puisque la seule définition du terme reste néanmoins celle contenue dans la circulaire Fontanet du 31 mars 1960(749). Mme M. Maymon- Goutaloy expliqua une telle lacune par le refus des divers acteurs concernés de se voir enfermer dans un statut juridique rigide, alors qu'en pareille matière la flexibilité était à privilégier (750), mais aussi par le flou qui régnait à l'époque quant à cette qualification de concessionnaire, flou qui n'a pas été dissipé par la circulaire Fontanet. Aux termes de cette circulaire, le contrat de concession est « *une convention liant le fournisseur à un nombre limité de commerçants auxquels il réserve la vente d'un produit sous conditions qu'ils satisfassent certaines obligations* ». Faisant suite à cette circulaire, quelques auteurs se sont essayés à d'autres définitions plus précises (751). Ainsi pour M. CHAMPAUD, ce contrat se définit « *comme celui par lequel un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée, et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé* » (752). M. Huet, pour sa part, s'attache de la même façon à ce critère territorial, il précise que « *le fournisseur investit le distributeur du droit de commercialiser ses produits dans une zone définie, et pour les besoins de son activité l'autorise à faire usage de la marque couvrant ces produits* » (753). Il ajoute au surplus, que ce type de contrat est le plus souvent caractérisé par un double exclusivité, « *d'un coté le fournisseur s'engage à ne vendre qu'au distributeur les produits visés au contrat dans le territoire qu'il consent à lui concéder ; de l'autre, le distributeur s'engage à ne pas commercialiser de tels produits qu'en provenance de son fournisseur* »

Session 1977-1978 - Propositions de M. R. BOILEAU, sénateur, 1978-1979, 2ème session ordinaire.

(749) Circ. FONTANET du 31 mars 1960 ; JO 2 avril 1960.

(750) M. MAYMON-GOUTALOY, *Contre une intervention législative en matière de concession commerciale*, RTD com. 1982, p.518. L'on évoquera ici brièvement l'opinion de l'auteur ; elle démontre que la protection du concessionnaire par le droit des contrats (vices du consentement et contrôle de l'abus) et dans une moindre mesure par les mécanismes de droit de la responsabilité, suffisent à « *construire un système de protection et de contrôle de leurs relations avec les concédants, plus efficace que celui qui émanerait d'un texte législatif nouveau* ». Une telle opinion a été p partiellement suivie par la suite puisque aujourd'hui nous ne connaissons toujours pas de réglementation légale complète sur le contrat de distribution automobile, cependant la seule protection par le droit des contrats et par des mécanismes de droit de la responsabilité a été complétée par de nombreuses dispositions tirées du droit de la concurrence interne et communautaire.

(751) C. CHAMPAUD, *La concession commerciale*; RTD.com. 1963, p.451 – P. COULOMBEL, *Les obligations spéciales de l'acheteur dans certaines ventes commerciales, Etudes sur la vente*, Dalloz, 1951, p.619 – D. FERRIER, *Concession commerciale*, Rép.Com. 1990 – J GUYENOT, *Les conventions d'exclusivité en matière de vente* ; RTD com. 1963, p.513 – M. MAYMON-GOUTALOY, *Contre une intervention législative en matière de concession commerciale*, RTD com. 1982, p.518 – THERARD, *Le statut légal du concessionnaire;* JCP 1997 éd. E, II, 12536 - PH. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec 2003, coll. Affaires finances.

(752) C. CHAMPAUD, *La concession commerciale*; RTD.com. 1963, p.451

(753) J. HUET, Contrats spéciaux, LGDJ 1996, n° 11614 et s.

(754) Messieurs F. Collart- Dutilleul et Ph. Delebecque ajoutent à cette caractéristique essentielle qu'est l'exclusivité la circonstance suivante : il s'agit pour le distributeur de respecter la politique commerciale définie par l'initiateur du réseau (755). La recherche d'une définition complète de la notion a été aussi le souci des juges, une des premières illustrations fut un arrêt du 29 novembre 1973 (756), arrêt relayé par la Cour de cassation en 1988 (757). La Haute Cour précisa que ce contrat avait « *pour objet d'assurer sur un territoire et pour un temps déterminé, l'exclusivité de la distribution des produits du concédant par un concessionnaire, au nom et pour le compte de celui –ci […] et par conséquent ne s'identifie pas avec les contrats de vente successifs portant sur ces produits* ».

1°) Les différentes qualifications juridiques proposées

528. — **Diversité.** Si la nature juridique d'un tel contrat ne suscite plus de controverses et semble aujourd'hui répondre d'une catégorie précise, il n'en demeure pas moins que de nombreuses qualifications ont été proposées. M. CHAMPAUD a tenté d'établir un répertoire complet des diverses qualifications proposées face à un contrat d'une telle nature, les réponses sont diverses et ne manquent de surprendre aujourd'hui (758). La première d'entre elles fut la vente commerciale dés lors que cette activité s'apparentait à un simple achat pour revendre effectué par le concessionnaire. D'autres y ont vu au contraire une simple entreprise de fourniture ou une licence de marque. Quant aux positions les plus extrémistes, elles consistaient à considérer le concessionnaire comme un simple mandataire du concédant, voire à un préposé. M. COULOMBEL qualifiait un tel contrat de ventes avec charges comparable à la donation avec charges (759). On lui a objecté que les charges se trouveraient dépourvus de cause (760), mais c'était alors ignoré que « *les conditions ou charges imposées au concessionnaire trouvaient aisément leur cause dans l'exclusivité dont il bénéficie et qui ne va pas sans imposer des obligations au*

(754) En effet, à côté du modèle tradition de concession, communément dénommée « fourniture exclusive », il existe des formes de contrats dans lesquelles l'exclusivité est réciproque, dans le cas d'une concession de distribution exclusive le concessionnaire s'engage à n'acheter de produit qu'au concédant avec lequel il est lié, en revanche en matière de concession de fourniture exclusive le concédant s'astreint à une obligation de ne pas faire, en l'occurrence ne pas vendre à d'autres commerçants et à ne pas vendre directement aux consommateurs les produits qu'il fournit.
(755) F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 5ème éd. 2000, n° 935 et s. Δ aujourd'hui 7ème éd. 2004.
(756) CA Amiens, 29 novembre 1973 ; Gaz. Pal. 1974, J. P 1975, II, 11637 – D. 1975, p.452, note A. ROLLAND.
(757) Cass. 1ère. 15 mars 1988 ; Bull. civ. I, n°83.
(758) C. CHAMPAUD, *La concession commerciale*; RTD.com. 1963, p.451, n°18 et s.
(759) P. COULOMBEL, *Les obligations spéciales de l'acheteur dans certaines ventes commerciales, Etudes sur la vente*, Dalloz, 1951, p.619
760 CASEL, Refus de vente, clauses d'exclusivité et contrat de concession ; p.111.

concédant » (761). La critique principale d'une telle théorie est qu'elle ne privilégie finalement qu'une seule vente ; « *elle analyse le contrat au vu d'une seule photographie instantanée alors que seul le film des opérations commerciales envisagées peut être révélateur* » (762). Afin de pallier une telle carence, le Doyen HEMARD a préféré identifier dans ce contrat une vente à monopole (763) ; elle est une vente effectuée à un revendeur et comportant pour le vendeur l'obligation de ne pas effectuer de vente de produits semblables à quiconque dans un secteur déterminé (764). Une telle qualification reçut un accueil hostile au sein des opinions doctrinales de l'époque en raison d'escroqueries rattachées à ces ventes à monopoles. Le Doyen HEMARD a alors précisé son propos, il s'agissait d'une vente à monopole portant sur des livraisons successives qui assurent une exclusivité de fourniture. Suite à de telles affirmations, d'autres auteurs ont alors reproché au Doyen HEMARD de réduire le contrat de concession à une simple entreprise de fourniture, or en la matière ce n'était pas le fournisseur qui s'engageait à fournir une certaine quantité de matière mais le concessionnaire d'acheter un nombre minimum de marchandises, la situation était donc l'inverse du marché de fournitures (765). Enfin, en prenant en compte la situation de dépendance créée, la position suivante a été avancée : le contrat de concession serait un simple louage de services ou un mandat (766), la qualification de mandat reposant notamment sur la dépendance du concessionnaire et l'apparence de représentation créée en pratique.

529. — **Mandat d'intérêt commun.** Plus précisément, la qualification de mandat d'intérêt commun a été, un temps, privilégiée dans ce type de relations contractuelles, les deux protagonistes étant liés par une convergence d'intérêt. En effet, une telle qualification sied aux relations que créent la signature d'un contrat de concession puisque « *les concessionnaires accroissent par leur labeur la clientèle du concédant, et ont tout avantage à la poursuite de leur coopération* », ils auraient tout intérêt à ce qu'une telle qualification soit retenue. Cet intérêt se manifeste par la règle selon laquelle, en matière de mandat d'intérêt commun, le mandant perd la faculté *ad nutum* de révoquer le mandat qu'il a contracté, sauf motif légitime impérieux, autrement dit « *la qualification en cause emporte irrévocabilité relative du mandat* » (767), et permettrait aux concessionnaires

761 C. CHAMPAUD, La concession commerciale, n° 19s.
762 C. CHAMPAUD, La concession commerciale, n° 19s.
763 J. HEMARD, La vente à monopole ; RTDcom. 1953, p.721.
764 AMIOT, La vente à monopole ; Annales, 1906-293.
765 ESCARRA, Cours, n° 118- RIPERT, DURAND, et ROBLOT, Traité, n° 143- HAMEL et LAGARDE, t. I, n°162.
766 Tel est d'ailleurs le cas en droit belge, en effet la loi du 27 juillet 1961 fait bénéficier le concessionnaire des garanties et indemnités des employés licenciés.
767 Ph. Le Tourneau, Les contrats de concession, éd. Litec, collect. Affaires finances, 2005, n° 46.

évincés du réseau de prétendre à une indemnité de clientèle (768). La Cour de cassation refusa cependant, et ce à plusieurs reprises, de consacrer une telle analyse, en considérant qu'en aucun cas les concessionnaires n'assuraient la représentation juridique des concédants, et que les concessionnaires achetaient les marchandises en leur nom et pour leur propre compte (769). A l'instar des propos du Professeur Le Tourneau (770), il ne semble point judicieux d'abandonner totalement la notion d'intérêt commun, cette notion qui « *procède de la collaboration des deux parties à la réalisation d'un œuvre commune, au sein de laquelle leurs intérêts particuliers, tout en subsistant, convergent étroitement et se subliment dans un intérêt supérieur, l'intérêt du réseau* » (771) complète les précédentes définitions. Il est alors possible de considérer que « *le contrat de concession d'intérêt commun est l'accord de deux entreprises, aux activités différentes mais complémentaires, conclu intuitu personae, en vue de constituer, de retenir et d'accroître une clientèle dans le domaine de la distribution de produits ou de la mise à disposition de service* » (772), et l'on voit alors poindre une qualification évoquée par le Professeur Cabrillac : la notion de contrat de collaboration (773).

530. — **Contrat de situation/d'organisation.** M. Le Professeur R. Cabrillac avait proposé de qualifier de tels contrats de contrats de situation en ce sens qu'il s'agissait de contrats qui sont « *déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là le plus souvent*

768 Malgré quelques jurisprudences de cours d'appel (CA Aix en Provence, 31 octobre 1963 ; JCP éd. G 1964, II, 13647, note J. Hémard – CA Lyon, 24 janvier 1964 ; D. 1965, p.185, note R. Plaisant – CA Amiens, 13 décembre 1973 ; D. 1975, Jur. p.452, note A. Rolland – Gaz. Pal. 1974, 1, p.190, note J. Guyénot – Adde T. com. Paris 14 février 1979 ; JCP éd. E 1979, CDE n°6, p.14, note D. Ferrier.

769 Com., 2 mai 1965 ; Bull.. 1965, IV, n° 68. – Com., 13 mai 1970 ; Bull.. 1970, IV, n° 161 - JCP G 1971, II, 16891, note I. Sayag – D. 1970, Jur. p.701, note J. Guyénot. – Com., 27 octobre 1970 : JCP G 1971, II, 16689, note P.L. – Com., 26 juin 1972 : Bull.. 1972, IV, n° 205. – Com., 28 mai 1973 : Bull.. 1973, IV, n° 187. – Com., 17 mai 1976 : Bull.. 1976, IV, n° 166. – Com., 30 novembre 1982 : Bull.. 1982, IV, n° 383 ; CDE 1983, n° 2, p.25, obs. D. Ferrier. – Com., 7 octobre 1997, *Sté Maine auto c/ SA Volvo automobile France* : JCP G 1998, II, 10085, note J.-P.Chazal - Contrats, conc. consom. 1998, comm. 20, obs. L. Leveneur - RTD. 1998, p.130, obs. P.-Y. Gautier. – Com., 8 janvier 2002, *Galeries Lafayette* : CDE 2002, n° 3, p.33, obs. D. Mainguy - Contrats, conc. consom. 2002, comm. 78, obs. M. Malaurie-Vignal - D. 2002, p.567, obs. E. Chevrier - D. 2002, p.3009, obs. D. Ferrier. – CA Paris, 1er mars 2006, n° 03-16268, 5ème Ch., A, SAS General Motors France c/ Sté Coroller Automobiles ; RJDA 10/06, n° 1014 – *adde*, CA Paris, 12 mai 1995 : RJDA 1995, n° 1354, affirmant catégoriquement que « *le contrat de concession ne s'analyse pas en un mandat d'intérêt commun* ».

770 Ph. Le Tourneau, Les contrats de concession, éd. Litec, collect. Affaires finances, 2005, n° 49 et s.

771 L. Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, préface Y. Guyon, LGDJ 1995.

772 Ph. Le Tourneau, Les contrats de concession, éd. Litec, collect. Affaires finances, 2005, n° 53.

773 M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, 1978, p.246.

l'instrument d'une vassalité économique » (774). Pour sa part, M. Le Professeur P. Didier distinguait les contrats échanges des contrats organisation, les premiers ont pour objet « *une permutation* » alors que les seconds instituent « *une coopération* » (775) et tendent à créer « *les conditions d'un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement* » (776).

531. — **Contrat relationnel.** Plus récemment, un auteur s'est proposé de renouveler la notion de contrat relationnel esquissée par le Professeur Macneil à partir des carences de la théorie classique du droit des contrats (777): les contrats ne sont pas complets au sens où ils ne suffisent pas à régir toutes les situations auxquelles les parties doivent faire face, et de la même façon, il est artificiel d'envisager le contrat isolement, bien au contraire les parties concluent leurs engagements en considération des relations passées ou futures qu'elles pourraient créer. Le but ultime des parties est alors de préserver la relation, au besoin en complétant le contrat ou en l'adaptant aux circonstances futures (778). En raison d'une telle distinction proposée, il apparaît logique d'affirmer que le contrat de distribution est un contrat relationnel (779) dans la mesure où :

- l'engagement personnel de chacun des contractants est important
- le respect des normes communes, l'assistance que le fournisseur est dans l'obligation d'accorder à son distributeur sont difficilement quantifiable en argent,
- le respect des obligations, la volonté fréquente de renouveler le contrat et la volonté plus globale d'inscrire les relations dans la durée sont identifiables dans de telles relations fournisseur/distributeur,
- de tels contrats sont inenvisageables sans une importante coopération des deux partenaires

774 M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les création récentes de la pratique commerciale », Mélanges Marty, Université de Toulouse, 1978, p.235. L'auteur opposait ainsi ces contrats de situation aux contrats d'organisation qui « correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence de l'entreprise ». Plus tard, M. Le Professeur D. Mainguy démontrera combien cette théorie était prémonitoire (D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », Mélanges M. Cabrillac, 1999.
775 P.Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », Mélanges ?.
776 P.Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », Mélanges .
777 C. Boismain, Les contrats relationnels, Préface de M. Fabre-Magnan, PU Aix Marseille 2005.
778 Pour Mme Le Professeur H. Muir Watt, le contrat relationnel « se greffe sur un véritable rapport social et comporte une certaine densité dans le temps », (« Du contrat relationnel », in La relativité du contrat, LGDJ 1999, p.168 et s.).
779 L'auteur précité nous propose de « passer en revue » tous les critères permettant de qualifier un contrat de contrat relationnel.

- le transfert de ces contrats est précisément encadré afin qu'un nouveau partenaire contractuel ne soit pas imposé à l'autre.

532. — L'on conclura donc qu'il est difficile pour chacun des partenaires de changer de contractant, de trouver un partenaire équivalent. Ce renouveau de la classification des contrats, ou de la théorie des contrats elle-même (780), a suscité de nombreuses critiques, et notamment à cause de l'imprécision des critères de qualification (781). De la même façon, cette théorie reposerait sur une évidence : le contrat est nécessairement une relation, ainsi cette relation qui lie les deux parties correspond tout simplement à la définition d'obligation (782). Pour autant un tel raccourci n'est pas exact, il est plus juste de considérer que le contrat a deux composantes : « *un contenu obligationnel et un contenu relationnel* » (783).

2°) Un contrat cadre de distribution

533. — **Certitudes.** Malgré ces divergences, une certitude apparaît : organiser la distribution d'un produit par le biais d'un réseau de distribution nécessite « *le recours à une structure contractuelle composée d'un accord de base et d'une succession de contrats d'application [...dans la mesure où cela...] s'avère être un instrument juridique indispensable* » (784). La pratique a su créer une telle structure au travers de la notion de contrat-cadre de distribution. C'est cette dernière qualification qui semble aujourd'hui être la plus opportune tant sa définition peut englober la diversité des schémas contractuels existants. Il s'agit « *d'un accord de base destiné à gouverner globalement et pendant une période donnée les relations de ceux qui les concluent en déterminant les conditions essentielles des contrats à intervenir entre eux, relativement à un objet, de telle sorte que ceux-ci sont, dans le cadre ainsi fixé, des applications de l'accord originaire* » (785).

---

780 Selon que l'on considère que la théorie des contrats relationnels tend à pallier les carences de la théorie générale des contrats ou s'il s'agit simplement d'un renouvellement de la classification que connaît la théorie classique.

781 Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français » ; D. 2006, Chron. p.1003 – H. Muir Watt, « Du contrat relationnel », in La relativité du contrat, LGDJ 1999, p.168 et s.

782 Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français » ; D. 2006, Chron. p.1003.

783 Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français » ; D. 2006, Chron. p.1003. L'auteur aboutit à une conclusion niant tout intérêt à cette distinction : même si l'aspect relationnel peut avoir des applications pratiques (par exemple, au travers de la notion de « relations commerciales établies »), l'aspect obligationnel absorberait au final ce contenu relationnel en ce sens qu'une relation importante susciterait une obligation nouvelle ou modifierait une obligation existante, la confiance légitime issue d'une relation de partenariat porte en elle-même son caractère obligatoire.

784 J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n° 6.

785 G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 1994.

534. — **Interrogations.** Le développement de cette pratique a suscité une interrogation quant à la nature de ce contrat-cadre : est-ce un contrat *sui generis* ou au contraire un contrat-cadre nommé ? *A priori*, dans la mesure où ces contrats tendent à réguler de nombreuses opérations contractuelles en une seule, globale, complexe et durable, nous aurions tendance à considérer qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* (786). Pourtant, nous observons qu'en réalité « *ces contrats tendent de plus en plus à être nommés [...] au fur et à mesure, une unité et une originalité de certains de ces contrats se rencontrent, qui permettent de les reconnaître, ce qui est l'apanage des contrats nommés* » (787). La critique qui a pu se former autour de cette notion de contrat *sui generis* tient aussi à sa relativité intrinsèque, M. Le Professeur Puig nous en expose alors les causes (788) :

- Les contrats nommés par le législateur dévoilent des originalités importantes, ces dernières ont une telle influence sur le régime du contrat, que la pratique considère parfois qu'ils présentent une nature *sui generis ;*
- le droit commun des contrats a vocation à s'appliquer à tout type de convention, de sorte que « *le contrat sui generis n'est jamais totalement dépourvu de régime juridique* » ;
- les contrats que l'on qualifie, trop rapidement, de contrats sui generis ne présentent « une nature sui generis qu'à l'égard de certains aspects d'un contrat nommé [...] autorisant, pour les éléments communs, l'application par analogie du régime prévu pour la catégorie nommé ».

535. — **Identification d'une obligation de contracter.** Ce contrat consensuel a pour finalité première l'organisation des relations entre les parties sur la durée, il a pour but de « *favoriser les contrats d'application [...en définissant...] partiellement le contenu de ceux-ci, qui vont en quelque sorte progressivement et concrètement remplir ce cadre* » (789). Pour autant, il ne nous semble pas qu'il soit correct de considérer que la portée du contrat-cadre de distribution soit essentiellement limitée à « *établir le principe d'une*

786 M. Painchaux, « La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? » ; RRJ 2004-3, p.1. Certains auteurs s'interrogent sur la réalité juridique de cette nouvelle « catégorie » que sont les contrats sui generis, M. Painchaux pour sa part ne considère pas qu'ils forment une catégorie, mais seulement « un genre en soi », M. Le Professeur Malaurie n'y voit au demeurant « qu'un refus paresseux d'analyse » (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.- Y. Gautier, Droit civil, Les contrats spéciaux, 2ème éd., Defrenois, 2005), tant « il est vrai que rares sont les contrats inventés par la pratique à ne pouvoir entrer en tout ou partie dans le moule préexistant d'une catégorie nommés » (P.Puig, Les contrats spéciaux, éd. Dalloz, collec. Hypercours, n° 38).

787 D. Mainguy, Contrats spéciaux, éd. Dalloz, 4ème éd. 2004, n° 225. L'unité et l'originalité de ces contrats tient notamment, selon l'auteur, à l'application des règles de la concurrence d'origine interne et communautaire.

788 P.Puig, Les contrats spéciaux, éd. Dalloz, collec. Hypercours, n° 39.

789 Ph. Le Tourneau, Les contrats de concession, éd. Litec, collect. Affaires finances, 2005, n° 34.

collaboration [...] et organiser par des clauses ad hoc l'obligation de négocier » (790). Bien au contraire, le contrat-cadre de distribution recèlerait une obligation de contracter à la charge des parties (791). M. J.-L. Respaud a démontré que cette obligation de contracter, plus qu'un artifice juridique destiné à obliger les parties à conclure les contrats d'application, était une véritable réalité juridique. Elle peut tout d'abord être directement tirée des dispositions du contrat-cadre, ou au contraire transparaître d'autres clauses du contrat, l'auteur évoque alors une obligation indirecte de contracter (792), et ce même en l'absence d'engagement d'exclusivité. Dans ce dernier cas, d'autres justifications de l'existence de l'obligation de contracter peuvent être évoquées. En premier lieu, l'on peut considérer que l'intérêt économique qui gouverne l'engagement contractuel entre les parties et l'observation des relations entre les parties sont à l'origine de cette obligation de contracter. Le distributeur ne pourrait renoncer à la conclusion de vente d'application, et ne peut que rarement prendre le risque de s'exclure du réseau. De la même façon, le fournisseur ne peut s'accorder le droit de refuser à son partenaire contractuel la fourniture des produits, il n'est pas économiquement viable de supporter de trop fréquents changements de contractants, ne serait-ce que parce que la procédure d'agrément, qui est souvent de mise, représente un coût économique, technique et en terme d'image de marque. L'autre justification est directement lié à l'objectif d'homogénéité du réseau puisque « *l'effet de réseau commande donc à chacune des parties de conclure les contrats d'application tant en respect de son contractant que par son appartenance au réseau* » (793), nous pouvons d'ailleurs intégrer au sein de cet objectif d'homogénéité l'obligation pour les parties de satisfaire aux intérêts des clients membres du réseau (794).

536. — **Sources de l'obligation de contracter.** Fort de ce constat, il était impératif dans un second temps d'identifier les sources d'une telle obligation. En premier lieu, la spécialisation du réseau et l'objectif

790 Ph. Le Tourneau, Les contrats de concession, éd. Litec, collect. Affaires finances, 2005, n° 28. Contra : J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n° 125 et s. L'auteur démontre l'autonomie de l'obligation de négocier vis-à-vis de l'obligation de contracter contenue au sein du contrat-cadre de distribution.

791 J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000.

792 Les clauses qui emportent, selon M. J.-L. Respaud, obligation de contracter sont les clauses d'exclusivité, les clauses de rendement, et enfin les clauses de stock et d'assortiment puisqu'elles « font donc obligation au distributeur d'acheter les produits nécessaires à la constitution d'un stock initial, puis de veiller au maintien de celui-ci par des commandes régulières », et à l'inverse, le fournisseur est dans l'obligation de fournir, et de respecter dans un second temps l'exclusivité qu'il a consentie à son distributeur.

793 J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n° 103 et s.

794 Au contraire, en niant l'obligation de contracter qui serait mise à leur charge du fait de la seule existence d'un contrat- cadre de distribution, les contractants prennent le risque de provoquer la faillite du réseau, ou du moins sa baisse d'efficacité.

d'intégration de ses membres sont les deux fondements pratiques qui nous permettent d'affirmer que le contrat-cadre de distribution recèle une obligation de contracter autonome. En effet, ces deux objectifs ne seraient pas atteints faute d'une telle obligation. De la même façon, il est possible, dans une certaine mesure, de considérer que l'équité, la loi et l'usage peuvent conduire les contractants à se soumettre à une obligation de contracter dès le stade de la signature du contrat-cadre de distribution (795). L'insuffisance des fondements évoqués est palpable et il est alors nécessaire « *de rechercher si l'exigence de loyauté est dotée d'une autorité suffisante à révéler et fonder l'existence, au sein du contrat-cadre de distribution, de l'obligation de conclure les accords d'application ultérieurs* » (796). Il s'avère qu'en retenant une conception positive, active, « *celle qui impose une action* » (797), l'on peut légitimement considérer qu'exécuter de bonne foi son contrat répond à « *l'objectif premier du contrat, à savoir réaliser utilement son objet* » (798). En privilégiant une telle conception utilitariste de la bonne foi, l'on comprend la présence et l'influence de l'obligation de contracter que recèle le contrat-cadre de distribution, le cas échéant, cela reviendrait à remettre en cause l'utilité même du contrat-cadre de distribution et l'efficacité du réseau dans son ensemble.

537. — Il existe ainsi deux façons d'appréhender de telles spécificités selon que l'on considère le contrat de distribution automobile comme un lien (Chapitre 1) ou comme un bien (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER: LE CONTRAT APPREHENDE COMME UN LIEN

CHAPITRE SECOND: LE CONTRAT APPREHENDE COMME UN BIEN

795 Même si ces sources ne paraissent pas être pleinement satisfaisantes ; réservons cependant le cas de la loi puisque les notions légales de refus de vente et de prohibition de rupture des relations établies sont logiquement des notions qui obligent les parties à contracter dès la signature du contrat initial ; J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n°195 et s.

796 J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n°166 et s.

797 D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », Mélanges M. Cabrillac, éd. Dalloz et Litec, 1999

798 J.-L. Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n°238.

CHAPITRE 1 : LE CONTRAT APPREHENDE COMME UN LIEN

538. — **Spécificité du contrat cadre de distribution.** A ce travail de définition des concepts doit s'ajouter une recherche quant à l'influence pratique de ces théories sur les contrats de distribution. Elle peut être perceptible à tous les stades de la relation contractuelle (799) :

- Les règles de formation des contrats sont assouplies afin de faciliter la conclusion des contrats, et notamment en privilégiant la conclusion d'avants contrats (Section 1),
- Ensuite, les clauses dites ouvertes sont privilégiées afin de permettre l'adaptation du contrat aux événements qui pourraient bouleverser la relation contractuelle (800). Cependant, dans cette perspective de préservation « *à tout prix* » de la relation contractuelle, les parties sont invitées à exécuter le contrat de bonne foi en favorisant l'obligation de collaboration intrinsèque à tout contrat relationnel. Une telle exécution du contrat oblige alors le juge à interpréter le contrat en considération de l'intention des parties, mais aussi et surtout en prenant en compte le passé contractuel des parties et le contexte actuel de la relation (801) (Section 2).
- Enfin, puisqu'il s'agit de préserver l'aspect relationnel du contrat, la rupture contractuelle doit être contrôlée afin d'enrayer tout abus, et notamment lorsque les parties, placées dans une situation de confiance réciproque, ont réalisé de lourds investissements (Section 3).

799 Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français » ; D. 2006, Chron. p.1003.
800 Par exemple, les parties pourront prévoir une possibilité d'adaptation du prix.
801 Il est ainsi impératif au regard d'une telle théorie de « faire place à un régime spécifique, caractérisé par sa flexibilité et le besoin d'assurer l'ajustement constant du contrat non seulement par rapport aux circonstances externes, mais aussi en fonction de son propre vécu » (H. Muir Watt « Du contrat relationnel », in La relativité du contrat, LGDJ 1999, p.168 et s.

SECTION 1: LA NAISSANCE DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

539. — **Formation du lien contractuel.** A priori, la conclusion du contrat de distribution automobile ne devrait pas faire l'objet d'une étude particulière dans la mesure où son régime ressort du droit commun. Ce contrat est communément le fruit de la rencontre de deux volontés caractérisée par une offre et une acceptation, l'offre étant « *la manifestation de volonté unilatérale destinée à porter à la connaissance d'autrui l'intention de contracter de son auteur, la nature du contrat offert et ses conditions essentielles* » (802), et l'acceptation « *l'intention définitive du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions spécifiées* » (803). Le législateur français n'a pas été très prolixe sur cette question de droit pourtant essentielle puisqu'il n'existe quasiment pas dans le Code civil de dispositions spécialement applicables. Au final, ce droit de la conclusion du contrat a été forgé par la jurisprudence, à l'instar du régime juridique applicable aux négociations contractuelles, aux avants contrats (804). A l'instar de tous contrat, le contrat de concession requiert un consentement éclairé, pour autant l'expression de ce consentement est libre dans sa forme.

540. — **Exigence d'un écrit.** Si, par principe, le contrat de distribution automobile appartient à la catégorie des contrats consensuels, et ne nécessite donc pas la conclusion d'un contrat écrit, de nombreuses dispositions éparses imposent indirectement cette formalité. Tout d'abord, la loi impose la communication écrite des conditions générales de vente, ensuite l'article 1er de la loi Doubin (805) contraint les partenaires contractuels à rédiger un document informatif contenant toute les informations essentielles aux partenaires afin qu'ils connaissent la teneur de leurs engagements et puissent être informés de la viabilité du projet. Nous ne reviendrons pas dans cette étude sur la controverse qu'a suscité l'absence de précision dans le texte quant à la sanction civile à attacher à l'inexécution de cette obligation précontractuelle de renseignement, rappelons simplement que par un arrêt de principe (806), la Cour de cassation a affirmé que « *le défaut d'information n'emporte la nullité du*

802 Vialard A., L'offre publique de contrat, RTD civ. 1971, p.751.
803 Flour J., Aubert J.-L. et Savaux E., Les obligations, t. I, L'acte juridique, Armand Colin, 11e éd., 2004, n°146.
804 C. Aubert de Vincelles, « Le processus de conclusion du contrat », in Pour une réforme du droit des contrats, ouvrage collectif sous la direction de F. Terré, éd. Dalloz 2008, p.119 et s.
805 L. Doubin du 31 décembre 1989 et Décret du 04 avril 1991.
806 Cf. l'arrêt de principe : Com. 10 février 1998 ; D. 1998, somm. 334, obs. D. Ferrier – Contrats, conc. consom. 1998, n°55, note L. Leveneur – Defrénois 1998, 773, obs. Ph. Delebecque – RTD.. 1998, p.130, obs. P.-Y Gautier, p.365, obs. J. Mestre. Confirmé notamment par Com. 13 avril 1999 ; RJDA 1999, n°660.

contrat que s'il est démontré que ce défaut a eu pour effet de vicier le consentement du contractant ». Cette jurisprudence a suscité une virulente critique (807) qui semble avoir été entendue puisque la Cour de cassation par un arrêt en date du 04 février 2004 (non publié) opérait, semble-t-il, un revirement de la charge de la preuve en décidant « *qu'ayant retenu qu'en l'absence de remise du document précité, les époux X... ont été privés de précisions et d'informations essentielles qu'il leur était difficile, voire impossible de se procurer, l'arrêt constate, sans inverser la charge de la preuve, que la société Fina France n'établit pas la parfaite connaissance, exclusive de tout vice du consentement, qu'ils avaient lorsqu'ils se sont engagés* » (808), même s'il ne faut pas pour autant conclure que le vice du consentement est toujours présumé dès qu'une telle information n'a pas été délivrée (809).

541. — **Loi Doubin et REC 1400/2002.** Alors que la doctrine s'était réjouit de l'application de la loi Doubin au contrat de concession (810), il est aujourd'hui permis de douter de son efficacité après l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 (811). L'article L. 330-3 dispose que « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* ». Or le règlement n°1400/2002 en instituant le multimarquisme élimine une des conditions d'application ; à savoir l'engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité. Pour autant, il n'est pas certain que la loi Doubin ne trouve plus à s'appliquer ; deux raisons militent pour un respect de l'obligation précontractuelle de renseignement vis à vis des

807 Cf. Notamment : P.Neau – Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin » ; CDE 1998, n°2, p.27 – D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforçer l'efficacité de la loi Doubin ? », Contrats, conc. consom. 2003, Chron. 4

808 Com. 04 février 2004, n° 00-21319 ; RDC 2004, 729 ; obs. M. Béhar-Touchais – D. 2005, pan. 151, obs. D. Ferrier.

809 Le créancier de l'obligation de renseignement se voit assigner un rôle actif, il doit aussi mettre en œuvre les diligences nécessaires afin d'accéder à l'information disponible : Com. 07 juillet 2004, n° 02-15950, Bull. IV, n° 150 – JCP éd. G. 2004, IV, 2941 – D. 2004, AJ 2229 – Contrats, conc. consom. 2004, n° 170, note L. Leveneur. En l'espèce, la Cour de cassation constante que « la méconnaissance par une partie des dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce, qu'elle a constatée, ne peut entraîner la nullité de la convention qu'autant qu'elle a eu pour effet de vicier le consentement ; que l'arrêt constate qu'à la date à laquelle elle a signé le contrat pour l'exploitation de la station en cause, la société X. avait exploité depuis plus de six années des stations-service Esso dans des environnements fort différents et avait été à même d'apprécier les chances et les risques d'une telle exploitation ; [...] dont elle a déduit que la preuve du vice du consentement n'était pas rapportée ».

810 Cass. Com 17 juillet 2001 ; D. 2002, Chron. p.627, obs. H. Kenfack.

811 De quelques questions juridiques suscitées le nouveau règlement d'exemption automobile, L. Vogel ; Gaz. Pal. numéro du dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p.13.

distributeurs multimarques. D'abord, la Commission n'a sans doute pas désiré donner une telle portée au droit au multimarquisme, il s'agit seulement d'exploiter de nouvelles opportunités commerciales et non de permettre aux concédants d'échapper à leurs obligations de droit interne. Au contraire, les nouveaux acteurs de la distribution de véhicules automobiles et de services après-vente ont d'autant plus besoin qu'une telle information soit délivrée dans la mesure où ils n'ont pas l'expérience requise pour s'en priver. Ensuite, le droit au multimarquisme n'empêche pas que la condition de quasi- exclusivité soit remplie. Aucune donnée chiffrée n'est inscrite dans la loi Doubin afin de mesurer la teneur de l'engagement d'exclusivité, donc le distributeur multimarques peut être engagé de manière quasi exclusive avec chacun de ses fournisseurs.

542. — **Durée du contrat.** Le contrat de distribution automobile doit être ensuite limité dans la durée ; il ne peut excéder dix ans aux termes de l'article L. 330-1 du Code de commerce (issu de la loi du 14 octobre 1943), de même les contrats successifs qui suivront la conclusion du contrat initial verront leur durée limitée à celle fixée dans ce contrat (Article L. 330-2 du Code de commerce). Désormais, tout contrat-cadre comportant un engagement d'exclusivité d'achat, qu'il soit l'essentiel ou l'accessoire du contrat, devra être enfermé dans cette durée légale (812). La sanction à attacher à un contrat excédant dix ans est incertaine ; la Cour a décidé dans un premier temps que l'intégralité du contrat était entachée de nullité (813), pour nuancer son propos quelques années plus tard en privant d'effet le contrat au-delà de ce délai de dix ans (814).

543. — En réalité, la naissance du contrat de distribution automobile est une question qui mérite d'être traitée spécifiquement car elle a subit de profonds bouleversements, *« l'incroyable est arrivé ! »* s'exclameront certains : le fournisseur n'est plus libre de choisir son partenaire contractuel ! (Paragraphe 1) quel est donc ce monde où le principe n'est plus *« contracte avec qui tu veux »,* mais *« contracte avec qui tu peux ! »*. Ensuite, lorsque les partenaires se seront démêlés de ces difficultés, ils prendront garde de ne pas insérer certaines clauses interdites dans leur contrat (Paragraphe 2).

812 Com. 27 avril 1971 ; JCP éd. G. 1972, II, 16975, note J. Bore – D. 1972, p.353, note J. Ghestin – Com. 07 avril 1992; Bull.. IV, n°154; JCP éd. E. 1992, II, 333, note Shodermeier – D. 1992, Somm. 396, obs. D. Ferrier – Contrats, conc. consom. 1992, n° 177, note L. Leveneur.

813 Com. 07 avril 1992; Bull.. IV, n°154; JCP éd. E. 1992, II, 333, note Shodermeier – D. 1992, Somm. 396, obs. D. Ferrier – Contrats, conc. consom. 1992, n° 177, note L. Leveneur.

814 Com. 1er décembre 1981 ; Bull.. IV, n° 423. Confirmé par Com. 10 février 1998 ; D. 1998, somm. 334, obs. D. Ferrier – Contrats, conc. consom. 1998, n°55, note L. Leveneur – Defrénois 1998, 773, obs. Ph. Delebecque – RTD.. 1998, p.130, obs. P.-Y Gautier, p.365, obs. J. Mestre.

PARAGRAPHE 1 : LE CHOIX DU PARTENAIRE CONTRACTUEL

544. — L'incrédulité et le scepticisme railleur de Voltaire lui ont fait affirmé que *« les français n'étaient pas faits pour la liberté, ils en abuseraient »,* la Commission européenne n'adopte-t-elle pas ce que l'on nomme l'esprit voltairien en considérant que les concédants abuseraient très probablement de leur liberté contractuelle ? Il semble qu'elle s'oriente vers une telle opinion puisque le libre choix du contractant (A) ne peut s'exercer que sous réserves de l'absence de pratiques discriminatoires (B).

A. LE PRINCIPE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE

545. — **Enoncé.** Rappelons ici une évidence ; la liberté contractuelle est la liberté de se lier par un lien de droit qu'est le contrat, mais aussi la liberté de rester libre de toute attache contractuelle, la liberté de choisir son contractant, la liberté de déterminer le contenu et la forme de son contrat, et enfin la liberté de modifier ou de résilier le contrat formé (815). D'un point de vue économique, le principe de liberté contractuelle recouvre la réalité suivante : « *Vu sous l'angle d'une économie qui avance en faisant évoluer les biens et les services vers des utilisations plus valorisées, tout contrat dont les intéressés prévoient qu'il leur sera profitable doit en principe pouvoir être conclu* ». Autrement dit, dans le cadre d'une telle analyse utilitariste, le principe de liberté contractuelle est une fin permettant d'atteindre l'objectif d'allocation optimale des ressources.

546. — **Portée.** Nous ne reviendrons ici que très brièvement sur un sujet maintes fois traité, bornons nous à rappeler que même si aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de liberté contractuelle (816), et que cette liberté ne semble être « *qu'un moyen, un*

---

815 Henri Capitant écrivait en 1932 que « l'accord de volonté déterminer librement, sans aucune réserve, les effets juridiques du rapport de droit établi par les parties. Celles-ci sont donc souverainement maîtresses, elles organisent comme elles le veulent, comme elles le jugent bon, les droits et obligations qu'elles créent entre elles. Nous sommes ici dans un domaine où la volonté règne en souveraine maîtresse ; C'est elle qui dit le droit. Le législateur ne limite cette liberté que dans le cas où des raisons supérieures tirées soit de la nécessité de protéger les incapables, soit l'intérêt général, soit de l'ordre public, soit de bonnes mœurs, le détermine à édicter des règles impératives que les parties ne peuvent écarter », cité par A. Barreyre, L'évolution et la crise du contrat, Etude synthétique et critiques, Imprimerie Bière, 1937, p.2.

816 Cons. Const. 3 août 1994 ; JCP 1995, II, 22404, obs. Broussole ; D. 1995, Somm. 351, obs. Gaïa ; RTD. 1996, 151, obs. J. Mestre. Pour une confirmation plus récente : Cons. Const. 20 mars 1997, Décembre n° 97-388 : « **Considérant que le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis** ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; que ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune autre norme de valeur constitutionnelle un principe

instrument au service des libertés fondamentales, et ne mériterait qu'une protection que dans la mesure où l'atteinte à la liberté contractuelle menacerait des droits et libertés de valeur constitutionnelle » (817), le Conseil constitutionnel a néanmoins proclamé le 13 janvier 2000 le principe de l'intangibilité des conventions (818). Il réitérera cette affirmation de principe le 13 janvier 2003 en précisant que « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*[…] » (819), tout en ayant évoqué quelques années auparavant que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* […] » (820). L'on conclura en reprenant la qualification chère aux constitutionnalistes, à savoir que même si la liberté contractuelle n'a pas reçu la consécration constitutionnelle escomptée, elle peut être considérée comme un « *principe sentinelle* », c'est-à-dire un principe garant d'un autre principe constitutionnel. Une telle affirmation est d'autant plus vraie que ces quelques décisions du Conseil constitutionnel ont pour vocation première de confirmer la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique, plutôt que de s'attacher directement à la

---

constitutionnel dit de l'« autonomie de la volonté » ; que les griefs allégués par les requérants ne peuvent dès lors qu'être rejetés » ; JO 26 mars 1997, p.4661 – RTD. 1998, p.99, note N. Molfessis - D. 1999, somm. p.236, note F. Mélin – Soucramanien – D. 1999, somm. p.234, obs. L. Favoreu – JCP 1997, éd. G., I, 4039, obs. M. Fabre Magnan.

817 Libertés et droits fondamentaux, 2005, 11ème éd. n° 843, obs. M- L. Mathieu – Izorche.

818 Cons. Const. 13 janvier 2000, Décembre n° 99- 423 : «Considérant qu'il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords ; **que, toutefois, sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles sus rappelées, il ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant** » ; JO du 20 janvier 2000, p.992 – D. 2001, somm. p.1837, obs. V. Ogier- Bernaud - Revue française de droit constitutionnel, 2000, p.341, note V. Ogier- Bernaud – LPA, 28 juillet 2000 (150), p.22, obs. B. Mathieu, M. Verpeaux, L. Baghestani –Perrey - LPA, 24 février 2000 (39), p.10, obs. A. Sauret et G. Picca - LPA, 19 janvier 2000 (13), p.30. A. Sauret – LPA, 3 février 2000 (24), p.16, N. Molfessis, C. Charbonneau, - J. Pansier - LPA, 19 janvier 2000 (13) p.6, obs. J- E. Schoettl.

819 Cons. Const. 13 janvier 2003, Décembre n° 2002- 465 ; JO du 18 janvier 2003, p 1084 – D. 2004, n° 18, p.1280, 1281, obs. V. Ogier- Bernaud - Revue française de droit constitutionnel, 2003 (55), pp.567-573, obs. V. Ogier- Bernaud – D. 2003, Chron. p.638, note B. Mathieu -Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 2003 (153), p.386, obs. F- J. Pansier - Les petites affiches, 2 avril 2003 (66), pp.24-26, obs. B. Mathieu, M. Verpeaux– Gaz. Pal. 17 et 18 janvier 2003 (17-18), pp.2-6, obs. C. Charbonneau, - J. Pansier - Les petites affiches, 20 janvier 2003 (14), pp.11-18, obs. J- E. Schoettl.

820 Cons. Const. 10 juin 1998, Décembre n° 98- 401 ; JO du 14 juin 1998, p.9033 - RTD. 1999, 78, obs. J. Mestre ; JCP 1998, I, 179, n°14, obs. Mathieu et Verpeaux – RTD. 1998, p.796,obs. N. Molfessis – D. 2000, somm. p.60, obs. L. Favoreu - Les petites affiches, 2 décembre 1998 (188), p.18, obs. B. Mathieu, M. Verpeaux- Revue française de droit constitutionnel, 1998, p.640 ; obs. L. Favoreu.

notion de liberté contractuelle. Il est au surplus à noter que le projet de réforme du droit des contrats élaboré par la chancellerie énonce en son article 16 que cette liberté « emporte celle de choisir son contractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat » (821

547. — **Origine.** Ce principe de liberté contractuelle trouve son origine au sein de la théorie de l'autonomie de la volonté (822), et a donné naissance à deux autres « *postulats dérivés* » (823) que sont la force obligatoire du contrat et l'effet relatif des conventions. Le Professeur Mathieu- Izorche a entrepris de démontrer que la théorie de l'autonomie de la volonté ne constitue pas l'inspiration exclusive du Code civil (824), bien au contraire le Code civil ne serait « *qu'un compromis entre diverses tendances, parmi lesquelles la tendance volontariste* » (825), elle fonde sa théorie sur le principe selon lequel « *la volonté individuelle ne produit d'effet que sous le contrôle de la loi (Cf. article 6 du Code civil*) » (826). Elle affirme que « *tout ce qui est contractuel n'est pas nécessairement juste* » et que « *l'article 1131 laisse supposer un contrôle social minimal (la cause doit exister et être licite), l'article 1133 ouvre la voie à un contrôle plus large, fondé sur les bonnes mœurs et l'ordre public* ». L'on objectera cependant que si les rédacteurs du Code civil ont pu introduire des mécanismes correcteurs au principe de l'autonomie de la volonté, il ne faut pas pour autant conclure que ce principe ne constitue pas la source d'inspiration du Code, même si l'on a pu considérer par la suite que le contrat doit être utile et juste. Un compromis peut être dégagé en reconnaissant la supériorité des normes légales, tout en considérant la volonté comme élément subjectif indispensable à la formation du contrat (827).

548. — **Remise en cause.** Cependant le principe de liberté contractuelle fut fragilisé dans la mesure où le fondement sur lequel il reposait, l'autonomie de la volonté, a lui-même subi de profondes mutations. Cette remise en cause est directement liée au contrôle

821 C. PERES, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie » ; D. 2009, p 381.
822 « Théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter, celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public et les bonnes mœurs, celle, en principe, d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque [...] » ; Déf. Tirée de l'ouvrage Vocabulaire juridique, G. Cornu, PUF, 7ème éd.
823 Selon l'expression de M- L. Mathieu- Izorche : Libertés et droits fondamentaux, 2005, 11ème éd. n° 846.
824 Contra : J- F. Niort, « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, regards sur deux siècles de lecture d'un symbole national » ; RTD. 2006, p.257 et s. : « Ici à la différence du droit de propriété, l'interprétation dominante donnée depuis l'époque du Centenaire et jusqu'à la fin du XXème.
825 Libertés et droits fondamentaux, 2005, 11ème éd. n° 848, obs. M- L. Mathieu – Izorche.
826 Libertés et droits fondamentaux, 2005, 11ème éd. n° 843, obs. M- L. Mathieu – Izorche.
827 On a alors considéré que la théorie de la cause et l'abus de droit pouvaient être une illustration de ce compromis.

grandissant exercé sur le contrat. Ce contrôle s'est développé avec l'avènement de l'économie de marché, afin notamment de protéger la partie dite faible, et trouve sa plus belle illustration au sein des contrats d'adhésion, des contrats dits obligatoires. Il serait alors fastidieux de dresser une liste de toutes les atteintes à la liberté contractuelle mises en place par le législateur, et parfois par le juge (828), mais nous pouvons schématiser ces atteintes de la manière suivante : nous pouvons constater tout d'abord un certain nombre de limites à la liberté de contracter, et ensuite de nombreuses dispositions visant à limiter la libre détermination du contenu du contrat.

549. — Sur la première série de limites, s'il est classique de considérer que les parties peuvent parfois se voir obliger de contracter, il est tout autant possible qu'elles se voient imposer un partenaire contractuel spécifique. L'exemple le plus topique des contrats imposés reste celui des contrats d'assurance obligatoire. Quant à celui relatif à la perte de la liberté de choisir son contractant, nous pouvons évoquer d'ores et déjà les règles que le juge et le législateur ont pu imposer en matière de droit de la distribution, et notamment en matière de distribution sélective puisque le juge a pu contraindre un fournisseur à intégrer dans son réseau un candidat (829), même si une telle contrainte est aujourd'hui rarement prononcée. Les parties ne sont pas de la même façon totalement libres de déterminer le contenu du contrat, soit qu'un tel contenu leur est imposé, dont l'illustration parfaite est ici la catégorie des contrats d'adhésion, soit que la forme du contrat ne relève pas de leur libre choix.

550. — Selon l'opinion de M. Le Professeur Mazeaud, il est possible d'apprécier l'étendue de cette liberté contractuelle par l'étude du « *« grand tournant libéral » qu'a opéré la Cour de cassation en accordant, dans les contrats cadres, le pouvoir au contractant économiquement dominant de déterminer unilatéralement le prix des contrats d'application, dû par son cocontractant, sous réserve de ne pas en abuser* » (830)

551. — Forts de telles affirmations, les juges ont reconnu diverses applications au principe, et notamment le libre choix du partenaire contractuel.

828 Pour une présentation complète : Cf. Libertés et droits fondamentaux, 2005, 11ème éd. n° 852 et s., obs. M- L. Mathieu – Izorche.
829 Com. 21 octobre 1997, n° 95-19419 ; Bull 1997, n° 271 – RJDA 1997/12, n° 12, note P.Leclercq.
830 D. MAZEAUD, La politique contractuelle de la Cour de cassation, in Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ, éd. DALLOZ 2006, p.371 et s.

B. LA LIBERTE DE SE LIER DANS LE CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

552. — Nous avons évoqué la procédure que devaient désormais respecter les constructeurs automobiles lors des sélections de leurs distributeurs de véhicules automobiles et de services de réparation et d'entretien. Il en ressort la conclusion suivante : en matière de distribution sélective, les critères de choix du partenaire doivent être objectifs, ils ne doivent pas avoir pour effet ou pour objet d'exclure certaines formes de distribution, et enfin ils ne doivent pas être appliqués de manière discriminatoire. En ce qui concerne la distribution exclusive, le choix du contractant est entouré de contraintes moindres, la Cour de cassation a pu ainsi décider que « *le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, sans être tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels son choix est exercé* » (831). Certains auteurs estiment qu'aujourd'hui la différence de traitement juridictionnels entre ces deux modes de distribution tendrait à s'estomper depuis l'arrêt Seita du 25 janvier 2000 (832) au sein duquel la Cour de cassation a reproché aux Juges du fond de s'être déterminés « *par référence à des critères quantitatifs et qualitatifs imprécis, discrétionnairement mis en application par la SEITA, et qui ne permettent pas de vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats* » (833), alors qu'il s'agissait, théoriquement, d'un système de distribution exclusive.

553. — Le contrôle exercé au stade du choix du contractant est étonnant d'un point de vue strictement économique, et illustre le conflit permanent entre droit de la concurrence et droit des obligations (834). Les instruments à la portée du Juge pour contraindre un agent économique à contracter sont variés, ils ressortent du droit des pratiques anticoncurrentielles par la prohibition des ententes et abus de position dominante, et du droit des pratiques restrictives par la sanction des

831 Com 7 avril 1998, Sté Alès Auto c/ Sté Automobiles Citroën, Bull. civ. IV, n°126 ; RTD civ. 1999, 79, obs. J. Mestre – RTD com. 1999, p.180, n° 6, obs. B. BOULOC – D. 1998, p.332, obs. D. FERRIER – Contrats, conc. Consom. 1998, n°118, p.15, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO – LPA du 23 septembre 1998, n°114, p.16, obs. M. MALAURIE-VIGNAL

832 Com. 25 janvier 2000, Sté Scaglia c/ Sté Seita ; Contrats, conc. Consom. 2000, comm. N° 64, obs. M. MALAURIE-VIGNAL – LPA du 03 juillet 2000, n°131, p.12, note M. MATHEY-LPA du 27 juillet 2000, n°149, p.20, obs. P.ARHEL – CDE 2000-4, n° 4, p.19, obs. D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD.

833 M. MALAURIE-VIGNAL qualifie cette unification de « regrettable » (Contrats, conc. Consom. 2000, comm. N° 64), alors que M/ MATHEY y voit « l'élaboration d'un droit commun des contrats » (LPA du 03 juillet 2000, n°131, p.12), d'autres adoptent une position médiane consistant en une « généralisation du contrôle des traitements discriminatoires » et l'obligation pour le concédant de « justifier ses choix économiques » (CDE 2000-4, n° 4, p.19).

834 « Liberté contractuelle versus égalité des chances », M. CHAGNY, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Préface de J. GHESTIN, éd. DALLOZ, collection Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2004, n° 286.

pratiques discriminatoires et de la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

554. — Dans la mesure où le règlement intervient dans le choix du candidat- distributeur, il réduit la liberté contractuelle du concédant qui est obligé d'examiner toutes les candidatures dans des conditions de transparence. Les autorités de concurrence justifieront une telle intervention dans le contrat au regard d'un intérêt supérieur : le libre jeu de la concurrence au profit du consommateur. Celui-ci ne pourra jamais fonctionner dans le marché unique si des obstacles tels que la liberté contractuelle subsistent. Elle doit être encadrée afin que tous ceux qui, *a priori*, en ont les capacités puissent accéder au statut de distributeurs, et éliminer ainsi toutes possibilités de *« rentes de situations »*.

PARAGRAPHE 2 : UN CONTENU DU CONTRAT CONTROLE

555. — Si le législateur a pu créer de toutes pièces certains contrats, le principe reste néanmoins celui du libre contenu, les seules limites résideraient dans l'article 6 du Code civil. Cette affirmation fondamentale n'est pas absolue et souffre de nombreuses atténuations, et notamment celle liée à l'impératif de concurrence. Il s'ensuit une certaine insécurité juridique ressentie par les contractants « *car la règle du jeu, loin d'être générale, connue d'avance et égale pour tous, n'est au contraire déterminée qu'au cas par cas sur la seule décision d'une autorité* » (835). La Jurisprudence et les règlements d'exemption par catégories ont eu alors pour objectif de diminuer ce risque.

556. — Nous ne nous intéresserons ici qu'aux clauses dîtes sensibles qui ont pu susciter un certain contentieux ; elles ont trait à la définition du territoire, au prix de vente et aux quotas et objectifs de vente.

557. — En matière de distribution exclusive, l'obligation de précision dans la définition du territoire est évidente et systématiquement sanctionnée par les juges lorsqu'elle n'est pas assez précise, mais quand est-il en matière de distribution sélective ? Un auteur a judicieusement remarqué que *« l'adoption d'un système de distribution sélective n'exclut pas la définition d'une zone de chalandise »* (836).

558. — En matière de fixation des prix, le concessionnaire doit rester libre de fixer lui-même les prix qu'il entend pratiquer, mais le concédant conserve la possibilité de conseiller un prix ou de fixer un prix

835 B. OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », Revue des sciences morales et politiques 1995, p.241.
836 La réforme de l'exemption des « accords automobiles » au regard du droit des contrats, C. Champalaune ; JCP éd. E 2003, CDE n°5, p.5.

maximal. L'article 4-1 a) du règlement n°1400/2002 condamne les clauses qui ont pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur de fixer son prix de vente, cette inscription claire dans le texte fait suite aux affaires impliquant les constructeurs automobiles (837). La sanction en cas de comportement tendant à fixer un prix imposé est en principe la nullité du contrat, il s'agit en effet d'une clause noire non exemptée. L'exemption individuelle parait être impossible dans la mesure où la Commission a qualifié à maintes reprises cette pratique comme une « *restriction grave et caractérisée* » (838). D'autre part, le concédant demeure libre de fixer ces prix maximaux ou de conseiller un prix comme en témoigne l'article 4-1 a), mais à condition que ces derniers n'équivalent pas à imposer un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle.

559. — Enfin, le contenu du contrat peut être contrôlé par la régulation des clauses de quota et d'objectifs contenues dans la plupart des contrats de distribution de véhicules et de services de réparation et d'entretien, clauses parfois désignées sous le vocable de clauses de rendement (839), elles se déclinent en plusieurs catégorie. La clause de quota est celle qui indique que l'acheteur achètera un pourcentage déterminé de son chiffre d'affaires auprès d'un fournisseur. La clause d'objectif est plus complexe, il s'agit d'un objectif de vente à atteindre fixé en quantité de produits contractuels à revendre, ou en un pourcentage d'immatriculation à réaliser sur un territoire. A cette clause d'objectif peut s'ajouter une clause de pénétration de marché, elle impose alors au distributeur la conquête d'un marché préalablement définit.

560. — Ces clauses que l'on qualifierait d'obligations de moyens ou de résultat (840) selon la volonté des parties exprimée dans le contrat, ne sont pas remises en cause dans leur existence par le règlement n°1400/2002 (seizième considérant). Mais leur efficacité apparat plus limitée qu'auparavant puisque l'article 1er -1, b) du règlement permet au constructeur d'imposer seulement une obligation de 30 % d'achats en produits contractuels. En cas de désaccord sur ces questions, les parties doivent pouvoir recourir à un expert ou à un arbitre en cas de désaccord (article 3-6).

837 Cf Introduction de la présente étude.
838 Voir notamment Décembre Comm. CE, 29 juin 2001, Volkswagen ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. n°10, note S. Poillot-Peruzzetto.
839 J. L Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat- cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n°69 et s.
840 J. L Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat- cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n°69 et s. Une telle clause peut valablement produite ses effets à condition de fixer des objectifs de manière raisonnable et rationnelle économiquement (exemple récent CA Paris, 5ème Ch., section A, 15 juin 2005).

SECTION 2 : L'EXECUTION DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

561. — **Enjeux.** C'est au stade de l'exécution du contrat que les obligations prennent généralement tout leur sens puisque il s'agira alors pour les parties d'obtenir satisfaction et de bénéficier de la contrepartie de leurs engagements. Cette phase de l'exécution du contrat « *plus matérielle que conceptuelle, plus comportementale que psychologique* » (841) est éminemment importante dans la mesure où elle conditionne souvent les conditions de rupture du contrat, ces deux période contractuelles entretiennent effectivement des liens étroits qui compliquent le travail du juriste.

562. — **Sources.** L'obligation d'exécuter le contrat découle directement du principe de la force obligatoire du contrat, dynamique centrale du contrat dans son ensemble. Il s'agirait alors simplement pour les parties de réaliser les obligations nées du contrat. En réalité, le principe de force obligatoire du contrat gouvernant la période d'exécution ne peut être limité de la sorte ; la force obligatoire du contrat n'est pas la somme des obligations du contrat, elle n'est pas soi créatrice d'obligations mais les domine (842). S'il n'est pas contesté que les parties engagent leur responsabilité en cas d'inexécution du contrat, il est rarement rappelé qu'elles sont aussi dans l'obligation de l'exécuter par application du principe de la force obligatoire des conventions. Apprécier la teneur de l'obligation d'exécuter le contrat n'est pas chose aisée, en ce sens que deux paradigmes peuvent alors guider l'analyse ; soit il s'agit de s'en tenir aux seules prescriptions du contrat, soit d'aller au-delà et de considérer le respect des intérêts de l'autre partie (843). L'on voit alors poindre la notion de bonne foi dont le sens courant serait « *la loyauté, la correction, le comportement normal de qui ne cherche ni à tromper, ni à nuire, ni à profiter de la vulnérabilité d'autrui* » (844), comportement qui devrait « *être prévisible par l'autre, cohérent, attendu* » (845). S la première des caractéristiques de cette phase d'exécution du contrat est l'indépendance juridique et économique du distributeur (Paragraphe 1), il peut être question, lorsque

841 Lamy Droit du contrat, n°355-4.
842 P.ANCEL, «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » ; RTD civ. 1999, p.771.
843 Voir notamment : D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, Mélanges F. TERRE, éd. DALLOZ – Ch. JAMIN, Plaidoyer pour le solidarisme contractuelle, Mélanges GHESTIN, LGDJ 2001, p.441 – B. FAGES, Le comportement du contractant, PUAM, 1997, Préface J. MESTRE – Y. PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ 1989, Préface G. COUTURIER – A. BENABANT, La bonne foi dans l'exécution du contrat, Travaux de l'association H. CAPITANT, T. XLIII, Litec 1994, p.291
844 Ch. ATIAS, Précis élémentaire de contentieux contractuel, 2ème éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, n° 165.
845 L. AYNES, Les trajectoires du droit des contrats Colloque du Sénat – 30è anniversaire de l'Université d'Eté des Avocats (19 novembre 2005).

les parties en conviennent, de rapports placés sous le sceau de l'exclusivité (Paragraphe 2). Enfin, à l'instar de tout contrat, l'exécution du contrat de distribution automobile doit être l'occasion de réaliser les obligations « *classiques* » des parties (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 L'INDEPENDANCE DANS L'INTERDEPENDANCE

563. — **L'indépendance dans la subordination.** La première caractéristique importante réside dans le fait que le distributeur conserve juridiquement son indépendance alors pourtant que son entreprise est contractuellement et économiquement liée à un fournisseur (846), les principes d'indépendance et de subordination s'affrontent donc au sein de ce contrat, il peut devenir un « *outil de domination sans doute, mais pourtant de libération et de dynamisme* » (847), et il s'agit alors « *de concilier la liberté et la soumission* » (848). La concession commerciale réalise ensuite une sorte d'intégration de l'entreprise du concessionnaire à celle du concédant tout en se situant néanmoins en dehors de toute perspective de droit des sociétés, mais à la limite du droit des ententes et des concentrations. Cette intégration reste néanmoins à « *double détente* » ; elle existe effectivement entre le concédant et le concessionnaire, mais elle est complétée par une interdépendance entre les membres du réseau.

564. — **Intérêts.** Cette indépendance dans l'interdépendance, selon l'expression du Professeur Le Tourneau, présente de nombreux avantages tant pour le concédant que pour le concessionnaire. Pour le concédant, il peut s'agir de se décharger de nombreux services coûteux liés à la distribution d'un produit, limiter la prise de risque afférente à la création d'un produit, et réduire la dimension de son entreprise, ce dernier avantage peut paraître paradoxal au sein d'une stratégie de développement, mais il est vrai « *qu'il y a tout lieu d'attendre d'un concessionnaire une productivité et une rentabilité supérieures à celle d'une entreprise totalement intégrée* » (849). Au regard des intérêts du concessionnaire, intégrer un réseau de distribution présente l'avantage de la sécurité en bénéficiant de la notoriété du concédant et des produits qu'il représente, cet intérêt est alors « *directement proportionnel à la réputation du réseau, à « image de marque »* » (850). Ensuite durant la durée du contrat, le concessionnaire est assuré de pouvoir profiter des conseils, de l'assistance et de l'expérience du

846 C. CHAMPAUD, La concession commerciale.
847 Le Tourneau, Les contrats de concession, éd. Litec, collection Affaires finances, 2003, n°6.
848 Ph. Le Tourneau, La concession commerciale, éd. Economica 1994, p.15.
849 Ph. Le Tourneau, La concession commerciale, éd. Economica 1994, p.17. Réservons cependant l'hypothèse du concédant qui souhaiterait s'implanter à l'étranger, en effet dans ce cas le support que constitue un réseau de distribution apparaît alors indispensable.
850 Ph. Le Tourneau, La concession commerciale, éd. Economica 1994, p.20.

concédant. L'interdépendance que nous venons d'évoquer représente aussi pour le client du réseau l'assurance d'un service de vente et d'après-vente de qualité du fait notamment de la formation dispensée par le concédant au concessionnaire. Le client est assuré des services performants d'un interlocuteur local, tout en pouvant mettre en œuvre la responsabilité du fabricant en cas de problème au titre de l'action directe qui lui a été reconnue (851).

PARAGRAPHE 2 L'EXCLUSIVITE

565. — L'intérêt des clauses d'exclusivité demeure aujourd'hui limité par l'entrée en vigueur du règlement d'exemption dans la mesure où le multimarquisme peut être pratiquée librement. Pour autant, en pratique cette forme de distribution est communément utilisée par les acteurs du secteur sans qu'elle soit formalisée au sein du contrat. Il est donc impératif d'en décrire le contenu (A) et notamment en l'état d'une jurisprudence spécifique liée à l'indétermination du prix en matière de distribution exclusive (B).

A. L'ANALYSE DE LA CLAUSE D'EXCLUSIVITE

566. — **Définition de la clause**. « A tout seigneur, tout honneur : il faut commencer par la clause qui caractérise la concession commerciale, dite précisément, exclusive, par rapport aux autres formes de concession, c'est-à-dire la clause d'exclusivité de vente » (852), ces quelques mots du Professeur Le Tourneau nous permettent effectivement de qualifier le contrat de concession commerciale par sa caractéristiques essentielle, et ce constat est unanime, la plupart des auteurs s'accordent sur ce point (853). Si nous devions en formaliser la définition, nous pourrions retenir celle du Professeur Cornu disposant qu'il s'agit « d'une modalité affectant une obligation contractuelle, en vertu de laquelle le débiteur réserve à son créancier, à l'exclusion de tout autre bénéficiaire, un genre de prestations mises à sa charge par le contrat (approvisionnement, fourniture, mandat, licence…) » (854). Elle est « le reflet juridique d'un désir naturel d'appropriation et le résultat, dans une société moderne, d'une forte tendance à l'individualisme et à la distinction sociale » (855), et appliquée aux rapports fournisseurs/distributeurs, la recherche d'exclusivité par les

851 CF. partie service après- vente.
852 Ph. Le Tourneau, La concession commerciale exclusive, éd. Economica 1994, p.37.
853 Cf. définitions envisagées ci-dessus.
854 Vocabulaire juridique Cornu, puf.
855 P.Gourdon, L'exclusivité, Préface de P.Le Cornu, LGDJ 2006, n° 9.

parties a pour but de « transformer le travail en propriété » (856). M. Gourdon met en garde à juste titre le juriste ; il n'est pas question de confondre la notion d'exclusivité avec celle de monopole (857), car ce dernier est « avant tout un concept économique qui caractérise le contrôle de fait, par un agent, à lui seul, d'un marché de bien ou de service. La situation monopolistique est donc l'antithèse de l'état de marché concurrentiel [...] et n'est pas juridiquement protégé », alors que « l'exclusivité consacre un domaine réservé à son bénéficiaire mais sur le fondement juridique ».

567. — **Facteur de dépendance.** Cette organisation commerciale fondée sur des relations d'exclusivité a remporté un franc succès, mais elle peut s'avérer dans le même temps contraire aux intérêts des distributeurs puisqu'elle favorise l'émergence de rapports de dépendance vis-à-vis des fournisseurs, mais aussi aux intérêts des consommateurs, et plus largement à l'intérêt général (858). La gravité d'un tel effet anticoncurrentiel s'apprécie proportionnellement au degré d'exclusivité choisi par les parties ; et notamment en cas d'exclusivité territoriale absolue. Il est donc impossible d'envisager la qualification de contrat de concession sans identifier au sein de ce contrat une obligation d'exclusivité, à côté de l'indépendance des parties, il s'agit d'une caractéristique essentielle « *pour que le contrat puisse être qualifié de concession* » (859) et qui n'a pas échappée aux juges qui ont eu à traiter de litiges intéressant ce contrat (860).

568. — **Effet anticoncurrentiel.** Nous avons précédemment évoqué la tendance « *naturelle* » des opérateurs économiques organisés en réseau de placer leurs relations sous le sceau de l'exclusivité, exclusivité qui peut revêtir plusieurs formes, mais dont le but ultime reste la protection de son activité. Une telle préférence n'est pas neutre, elle emporte de nombreux effets anticoncurrentiels qu'il conviendra de stigmatiser, et de corriger, plus précisément « *une régulation par les autorités de concurrence s'impose, qui consiste à opérer la distinction entre les réseaux licites et les réseaux contre lesquels le marché doit être protégé* » (861). L'illicéité provient alors non pas

856 Plagniol et Ripert, Traité de droit civil, t. III par Picard, n°2, cité par P.Gourdon, L'exclusivité, Préface de P.Le Cornu, LGDJ 2006, n° 19.
857 Même si l'auteur remarque que quelques décisions judiciaires font état de l'emploi du terme « monopole » à propos de réseaux de distributions : CA Paris, 1ère ch. 04 mai 1983 ; Gaz. Pal. 1983, 2, Somm. p.412 – JCP éd. G. 1985, II, 20366, note J. Penneau – Paris 28 janvier 1988 ; Gaz. Pal. 1988, 1, p.208, note J.-P Marchi – JCP éd. E 1988, I, 17145.
858 Même si il semble excessif d'affirmer que « d'une façon ou d'une autre, un accord d'exclusivité est potentiellement une entente restrictive de concurrence sur le marché » : P.Gourdon, L'exclusivité, Préface de P.Le Cornu, LGDJ 2006, n° 380.
859 J. Azéma, La durée des contrats successifs, LGDJ 1969, n° 144.
860 Crim. 11 juillet 1962, Gaz. Pal. 1962, 2, p.497 – CA Amiens 09 mai 1963 ; JCP éd. G. 1963, II, 13222 – CA Paris 02 juin 1981 ; Gaz. Pal. 1981, 2, 631, note J.-P.Marchi. De plus, à défaut de constater cette notion d'exclusivité, les parties s'exposent au risque de requalification de leur contrat en simple contrat de distribution agrée ou de distribution sélective.
861 L. Idot, « La régulation communautaire des réseaux de distribution », LPA 06 mars 1996, n° 29, p.35-41.

du réseau lui-même mais plutôt du degré d'exclusivité qui gouverne les relations entre les parties, et sera constatée dès lors que par un concours exprès ou tacite de volontés entre deux ou plusieurs opérateurs qui, normalement, sont suffisamment indépendants pour pouvoir décider de leur comportement sur le marché, mais décident néanmoins d'en cloisonner l'accès, un accord d'exclusivité peut alors être potentiellement une entente restrictive de concurrence.

569. — **Formes de l'exclusivité**. Il existe plusieurs formes d'exclusivité selon que l'obligation d'exclusivité a pour débiteur le concessionnaire ou le concédant, ou encore lorsque les deux parties s'obligent à respecter une obligation d'exclusivité réciproque. Si seul le concessionnaire est débiteur d'une obligation d'exclusivité envers le concédant, l'on identifie alors une obligation d'exclusivité dite d'approvisionnement, ou d'approvisionnement exclusif, par laquelle « *le distributeur s'oblige à acquérir les produits d'un fournisseur, à l'exclusion des produits concurrents, voire à l'exclusion de tout autre produit concurrent ou non* » (862). Le fournisseur peut demeurer libre « *d'approvisionner d'autres opérateurs économiques dans la même zone de chalandise, et en contrepartie le distributeur peut se livrer active hors de cette zone* » (863).En contrepartie, le distributeur peut bénéficier d'une assistance de la part du fournisseur (864).

B. APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF ET DETERMINATION DU PRIX

570. — **Obligation d'achat exclusif.** La clause d'exclusivité d'approvisionnement, qui doit être impérativement stipulée au contrat (865), a suscité une controverse doctrinale sur le point de savoir s'il était opportun de la qualifier de simple obligation négative, ou au contraire d'obligation

862 D. Ferrier, Droit de la distribution, 4ème éd., Litec, 2006, n° 531.
863 Arhel P., La pratique des accords de distribution, EFE 2000, p.77 ; adde Behar-Touchais M. et Virassamy G., Les contrats de la distribution, LGDJ 1999, n° 1124.
864 J.- M. Mousseron et A. Seube, « Les contrats d'assistance et de fourniture », D. 1973, Chron. p.197.
865 Rappelons que le contrat d'achat exclusif ne peut être conclu pour une durée supérieure à 10 ans, conformément à l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 codifié par l'article L. 330-1 du Code de commerce, cette restriction n'était cependant applicable que dans le cas où le revendeur s'est engagé qu'auprès du fournisseur désigné dans le contrat. Une telle distinction a été réduite à néant par la Cour de cassation dès lors qu'aujourd'hui est opérée une interprétation extensive de dispositions de la loi de 1943 ; l'accord qui contient une clause d'exclusivité doit être impérativement limité à 10 ans (Cass. com., 7 avril 1992, n° 90-21260). La méconnaissance de cette disposition n'est pas assortie d'une sanction réellement dissuasive dans la mesure où le plus souvent seule la caducité de la clause est prononcée (Com. 7 avril 1992, n° 90-21260), ou le contrat pour la durée excédant dix ans (Com. 21 février 1995 ; n° 93-13302 ; Bull. 1995, IV, n° 50 p.46.), sachant qu'au terme des dix ans un nouveau contrat d'achat exclusif peut être conclu pour une durée n'excédant pas dix (cf. Com. 21 février 1995 ; n° 93-13302 ; Bull. 1995, IV, n° 50 p.46).

positive de fourniture. En effet, la teneur de la preuve de l'inexécution par le distributeur de l'obligation de se fournir exclusivement auprès de son contractant en est alors modifiée (866). Le contenu et la teneur de l'obligation d'achat exclusif qui pèse sur le distributeur ne doivent pas être déterminés de manière arbitraire par le fournisseur (867), les produits ou services distribués, ainsi que le prix doivent être précisément identifiés au sein du contrat.

571. — **Risque d'annulation du contrat.** La question de la détermination du prix en matière de contrat exclusif a suscité de nombreuses interrogations tant il était difficile d'asseoir une telle exigence sur un fondement juridique pertinent. Il a d'abord été affirmé que l'article 1591 du Code civil disposant que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* » permettait au juge d'annuler certains contrats de distribution dès lors qu'aucun prix n'était déterminé ou déterminable. Cette référence fût admise dans un premier temps, à propos des contrats de pompiste de marque (868), mais vivement critiquée dans la mesure où ces contrats de distribution ne pouvaient être assimilés à des ventes. La Cour de cassation, consciente d'une telle carence, amorça un revirement jurisprudentiel en 1978 (869) à propos des contrats de bière, la Cour considéra que ces contrats ne pouvaient être qualifiés de vente, *stricto sensu*, et rejeta les moyens fondés sur l'article 1591 du Code civil, pour préférer une solution quasi identique, mais au visa de l'article 1129 du Code civil tiré du droit commun des contrats, et non pas du droit des contrats de vente. Aux termes d'une telle jurisprudence, l'objet d'une obligation doit être déterminé ou déterminable, y compris lorsque l'obligation consiste à payer une somme d'argent, un prix. Le prix doit être déterminable par référence à des critères objectifs et précis, indépendants de la seule volonté du fournisseur.

---

866 Cf. thèse de JLR.

867 Même si certains auteurs ont opéré « un amalgame entre « unilatéral » et « arbitraire » » (Ph. Malaurie, « La question de l'indétermination du prix », in Le contrat- cadre de distribution – Enjeux et perspectives, Paris 11-12 décembre 1996 ; JCP éd. E. 1997, CDE n° ¾, p.16 – J. Ghestin, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) » ; D. 1973, Chron. p.293) que la fixation des conditions des contrats à venir est unilatérale ne signifie pas que celles-ci sont arbitraires. Tel n'est pas le cas car les conditions sont, d'une part, fixées pour l'ensemble du réseau, ce qui oblige le fournisseur à considérer les intérêts de ses contractants, et, d'autre part, les décisions prises à cette occasion par le fournisseur auront, en raison de la revente des produits contractuels par les distributeurs, des incidences sur la position de la marque en des termes de concurrence » ; thèse de JLR.

868 Com., 27 avril 1971 ; Gaz. Pal. 1971, 2, Jur. p.706, 3 arrêts ; JCP G 1972, II, 16975, 3 arrêts ; Bull.. 1971, IV, n° 106 et 107. – Adde Cass. com., 27 avril 1971 et 5 novembre 1971 : D. 1972, jurispr. p.353, note J. Ghestin. – Cass. com., 3 mars 1972 : JCP G 1972, II, 17196, note J. Boré. – Cass. com., 12 mars 1973 : Bull.. 1973, IV, n° 117. – Cass. com., 21 juin 1976 : D. 1976, inf. rap.p.264 ; Bull.. 1976, IV, n° 208.

869 Com. 11 octobre 1978 ; JCP éd. G. 1979, II, 19034, note Y. Loussaran – D. 1979, Jur. p.135, note R. Houin – RJ com. 1979, p.377, obs. Ph. Le Tourneau – A. De Martel, « L'indétermination du prix », in Les contrats de distribution ; Gaz. Pal. 1979, 1, Doctr. P.84.

572. — **Amorce d'un revirement jurisprudentiel.** En pratique, peu d'actions intentées par les distributeurs avaient pour but de sanctionner l'arbitraire du fournisseur dans la détermination du prix, il s'agissait dans la plupart des cas de se débarrasser d'un contrat à moindre frais … (870). Face aux dangers de « *prolifération* » d'une solution tant générale, la Cour de cassation tenta une nouvelle analyse fondée sur la nature des obligations contenues dans le contrat-cadre dont la nullité pour indétermination du prix était invoquée. Par un arrêt en date du 09 nov. 1987, elle affirma que « *l'accord litigieux conclu entre la société Cofadis et la société Graphic comportait, pour la première société, l'obligation d'accorder l'exclusivité de la distribution, dans un certain nombre de pays, du matériel en cause et, pour la seconde, l'obligation d'assurer la promotion et la vente du matériel dans ces mêmes pays, la cour d'appel a pu considérer que la convention ne s'analysait pas comme une vente avec obligation de mentionner le prix mais comme une obligation de faire et se prononcer comme elle l'a fait [à savoir prononcer la nullité du contrat aux torts exclusifs du distributeur]*» (871). Une telle analyse fut alors étendue aux contrats de concession exclusive en 1991 (872), et l'on a pu alors affirmer que la détermination du prix n'était une condition de validité que pour les contrats contenant en leur sein une obligation donner, mais qu'en revanche pour les contrats porteur d'une obligation de faire, tels ceux de concession, les articles 1129 et 1591 du Code civil ne pouvaient être appliqués. Surgissaient ainsi de nombreuses difficultés d'interprétation (873), et notamment à propos de la nature de l'obligation en cause, le juge devait donc déterminer si le contrat-cadre, dont la validité était menacée, recelait une obligation de faire ou de donner (874), pour ensuite s'atteler au travail

870 Sur ce point : L. Aynès, "Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? » ; D. 1993, Chron. 25 – M.-A. Frison- Roche, « De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix » ; RJDA 1996, Chron. p.3.

871 Com. O9 novembre 1987, n° 86-13984 ; Bull. civ., IV, n°237 – JCP éd. G. 1989, II, 21186, note G. Virassamy – RTD.. 1988, p.527, obs. J. Mestre – D. 1989, Jur. p.35, note Ph. Malaurie.

872 Com. 22 janvier 1991 ; Bull.. 1991, IV, n°36 - JCP G 1991, II, 21679, note G. Virassamy - JCP éd. E 1991, II, 201, note L. Leveneur - D. 1991, somm. p.249, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac - Adde Com., 29 janvier 1991 : JCP éd. E 1991, I, 200, note L. Leveneur - RTD. 1991, p.323, obs. J. Mestre - D. 1991, Jur. p.175, concl. M. Jéol. – M. Behar-Touchais, « La structure du contrat-cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application » ; JCP E 1994, I, 3800.

873 Pour une analyse exhaustive des arguments justifiant un revirement de jurisprudence : J. Ghestin, « L'indétermination du prix entre passé et avenir » ; LPA 06 mars 1996, p.19.

874 En matière de concession exclusive, la question prenait une toute autre envergure lorsque l'exclusivité était réciproque, l'on ne pouvait alors affirmer péremptoirement que seule une obligation de faire pouvait être identifiée. De plus, théoriquement le contrat-cadre n'est jamais translatif de propriété, seules les ventes d'applications le sont. Enfin, pourquoi distinguer là l'article 1129 ne distingue pas (« Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus »).

d'interprétation relatif au caractère déterminé ou déterminable du prix (875). Ces positions furent progressivement abandonnées par la Cour de cassation, et cette dernière formula sa solution autour de deux axes (876) :

- les clauses de prix catalogues étaient valables et suffisaient à rendre le prix déterminable au regard de l'article 1129 du Code civil,
- un tel contrat porteur d'exclusivité était valable, sous réserve qu'il ne fût pas constaté un abus de la part du fournisseur, et par voie de conséquence une méconnaissance de son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi.

573. — **Revirement jurisprudentiel.** Dans un second temps, par les arrêts du 1er décembre 1995 (877), elle mit fin à une jurisprudence inaugurée vingt ans auparavant. Il serait fastidieux de revenir sur les faits à l'origine de ces arrêts, mais nous pouvons néanmoins en résumer l'apport principal : la seule indétermination du prix ne suffit pas à remettre en

875 Sur ce point : Ph. Le Tourneau, JurisClasseur Contrats – Distribution, Fasc. 1025, n° 84 et s. La Cour, par une jurisprudence que nous qualifierons « d'intermédiaire », s'attelait à rechercher si « la convention s'opposait à ce que les prix de vente fussent librement débattus et acceptés par les parties à l'occasion de chaque vente d'application » : Com. 16 juillet 1991 ; JCP éd. E 1991, II, 235, note L. Leveneur – Com. 5 et 19 novembre 1991 ; D. 1992, somm. 267, obs. L. Aynès, p.379, note J. Ghestin, Contrats, conc. consom. 1992, n°3, obs. L. Leveneur. Or comme le remarque, M. Le Professeur P.Puig l'insuffisance d'une telle solution est flagrante lorsqu'on considère que le contrat-cadre porte en son sein une obligation de contracter (Cf. Thèse JLR) : « cette exigence est tout simplement incompatible avec l'obligation d'acquérir découlant du contrat-cadre et l'absnce de laquelle la question de la détermination du prix ne posait plus » ; P.Puig, Les contrats spéciaux, éd. Dalloz, collec. Hypercours, n° 157.

876. 1ère 29 novembre 1994 (deux arrêts) ; D. 1995, 122, note L. Aynès – JCP éd. G., II, 22371, note J. Ghestin, du même auteur LPA 06 mars 1996, p.19 – Contrats, conc. consom. 1995, n° 24, obs. L. Leveneur.

877 Ass. plén., 1er décembre 1995 ; Bull.. 1995, Ass. Plén. , n°7 à 9 - JCP E 1996, II, 776, note L. Leveneur - JCP G 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin - D. 1996, Jur. p.13, concl. M. Jéol, note L. Aynès - M. Bandrac, « Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts de l'assemblée plénière du 1er décembre 1995 », CDE 1995, n° 5, p.38. – D. Ferrier, « Les apports au droit commun des obligations [des arrêts du 1er décembre 1995] », RTD com. 1997, p.49. – M.-A. Frison-Roche, « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », RJDA 1996, p.3. – J. Huet, Critiques de la jurisprudence de l'assemblée plénière sur l'indétermination du prix, mélanges A. Sayag : Litec, 1997, p.311. – Ch. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP G 1996, I, 3959, du même auteur, « Les apports au droit des contrats-cadre [des arrêts du 1er décembre 1995) », RTD com. 1997, p.19. – M. Jéol, « Le contenu juridique des décisions du 1er décembre 1995 », RTD com. 1997, p.1. – A. Laude, « La détermination du prix dans les contrats de distribution », D. affaires 1996, chron. p.3. – D. Mainguy, « Bref retour sur l'indétermination du prix », CDE 1998, n° 2, p.24. – T. Revet, « Les apports au droit des contrats de dépendance [des arrêts du 1er décembre 1995] », RTD com. 1997, p.37 – LPA 1995, n° 155, 13, note D. Burdeau et N. Molfessis – Gaz. Pal. du 07,08 et 09 décembre 1995, p.8, Concl. De M. Jeol et note de P.De Fontbressin – J. Calvo, « L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à une autre », LPA 1996, n°8, p.20 – L. Leveneur, « L'indétermination du prix : le revirement et sa portée », Contrats, conc., consom. Janvier 1996 – A. Brunet et A. Ghozi, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », D. 1998, Chron. p.6.

cause la validité du contrat-cadre dans son ensemble sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, de plus les clauses fixant unilatéralement le prix ne sont pas *de facto* nulles, sous réserve que le fournisseur ne se rende pas coupable d'abus dans cette fixation. Ainsi « *le grand tournant libéral* » (878) avait eu lieu ! A ce stade, la Cour de cassation enjoint donc aux juges de passer d'un contrôle du prix vers un contrôle de l'abus, mais sans pour autant préciser les critères d'analyse de cet abus, et de sanctionner cet abus d'une simple allocation de dommages et intérêts, sans résolution automatique du contrat !

574. — **Caractérisation de l'abus dans la fixation du prix.** Malgré la solennité rassurante d'une telle jurisprudence, d'autres difficultés sont survenues, et notamment sur la caractérisation de l'abus (879), peu d'arrêts de la Cour ont explicité la question (880), si bien que deux conceptions doctrinales se sont opposées :

- Une partie de la doctrine a raisonné par analogie avec la législation sur les clauses abusives, de sorte que l'abus résulterait d'un déséquilibre significatif, excessif entre les

878 B. Fages, « Quelques évolutions de droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando » ; D. 2004, Chron. 2386, spéc. 2389.

879 Ce qui « traduirait bien le caractère prétexte du contentieux qui s'était développé sur l'argument de l'indéterminabilité du prix » D. Ferrier, Droit de la distribution, 4ème éd., Litec, 2006, n° 539. Sur ce point, il est essentiel de préciser que la preuve de cet abus incombe au distributeur : Com. 28 mars 2000 et 06 juin 2000 ; CDE 2001, n° 2, p.28, obs. J.-L Respaud et D. Mainguy.

880 Citons deux arrêts significatifs par lesquels la Haute Cour a tenté de caractériser cet abus : Com. 21 janvier 1997 ; D. 1997, 414, note Ch. Jamin (« Attendu, en second lieu, que l'arrêt relève que la clause d'approvisionnement exclusif litigieuse concernait une liste élargie de fournisseurs, un guide étendu des achats, ainsi qu'un catalogue des produits et un tarif de vente indicatif et retient que le franchiseur a laissé au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du franchiseur, ce dont il résulte que la société Mondial chauffage n'a pas commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement exclusif ; que la cour d'appel a donc pu, sans avoir à procéder aux recherches inopérantes prétendument omises, rejeter la demande d'annulation du contrat de franchisage ») et Com. 15 janvier 2002 ; D. 2002, 1974, note Ph. Stoffel – Munck et somm. 2841, obs. D. Mazeaud : « Mais attendu qu'ayant, par une décision motivée, relevé que la Sté France Motors, qui s'était trouvée confrontée à un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen, avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité, l'arrêt retient que le concédant ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne le Garage Schouwer, il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé; qu'en l'état de ces constatations et appréciations déduites de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, la cour d'appel, qui a légalement justifié sa décision sans méconnaître l'objet du litige et sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu estimer que la Sté France Motors avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'elle devait réparation au Garage Schouwer du préjudice qui en était résulté pour lui ».

prestations, caractérisé par un prix « *lésionnaire ou manifestement trop élevé* » (881),

- d'autres, au contraire, entendent se référer à l'obligation de loyauté pesant sur les parties (882) ; l'abus consisterait à fixer le prix uniquement en fonction de ses propres intérêts, et en négligeant toute prise en considération des intérêts de son partenaire (883).

575. — Il semble que cette seconde opinion doctrinale soit à privilégier dans la mesure où elle a reçu un écho en jurisprudence, nous visons ici l'arrêt Huard du 03 novembre 1992 (884) à l'occasion duquel un fournisseur fût condamné à verser des dommages et intérêts à son distributeur, la Cour lui reprocha d'avoir fixé des prix de revente trop élevés qui ne permirent pas à ce distributeur de « *pratiquer des prix concurrentiels* », et d'avoir ainsi manqué à l'exigence de bonne foi gouvernant l'exécution du contrat. La caractérisation de l'abus (885) est quelques peu éclaircie dès lors que l'on admet qu'exécuter de bonne foi son contrat, commande en réalité une démarche positive, et non pas une simple abstention, même si la preuve de cet abus peut s'avérer difficile pour le distributeur (886) et que le seul fait de pratiquer un prix supérieur à celui auquel le fournisseur s'est lui-même approvisionné n'est pas en soi constitutif d'un abus (887).

576. — **Précisions jurisprudentielles.** La Cour de cassation a cependant précisé quelques peu sa jurisprudence par l'arrêt dit des « *coffres forts* » (888) ; une banque avait décidé unilatéralement de modifier la fixation de ses prix de location de coffres forts et en avait informé au préalable sa cliente. S'il n'avait été convenu aucun terme lors de la conclusion du contrat, le contrat étant résiliable à tout moment en respectant un préavis,

881 M.-A. Frison- Roche, « De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix » ; RJDA 1996, Chron. p.3 - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, n° 293.
882 Voir notamment Th. Revet, « Les apports au droit des relations de dépendance », in « La détermination du prix :nouveaux enjeux, un an après les arrêts d'Assemblée plénière » ; RTD.. 1997, p.37.
883 Il s'agirait alors de sanctionner un comportement « égoïste » (D. Bureau et N. Molfessis, « Les arrêts d'Assemblée pléniére de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », LPA 27 décembre 1995, n° 155.).
884 Com. 3 novembre 1992, Bull.. IV, n°338, JCP, éd. E, 1993, II, 22164, note G. Virassamy, RTD. 1993, p.124 obs. J. Mestre – Defrénois 1993, 1377, obs. J.-L Aubert – D. 1995, somm. p.85, obs. D. Ferrier.
885 Ph. Stoffel – Munck, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, Thèse Aix – Marseille.
886 Ch. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », JCP G 1996, I, 3959.
887 Com. 14 décembre 1999, n° 97-20.304.
888 Civ. 1ère, 30 juin 2004 ; Contrats, conc. , consom., 2004, n°151, obs. L. LEVENEUR – D. 2005, 1828, note D. MAZEAUD – Dr. et Patr., novembre 2004, n°3566, obs. P.CHAUVEL – RDC 2005, 275, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK – RTD. Civ. 2004, p.749, obs. P.-Y. GAUTIER – RTD. Civ. 2005, p.126, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

il avait été prévu que le loyer serait périodiquement réévalué par le prestataire; neuf ans plus tard, la banque notifia à sa cliente que le loyer était réévalué de 150 %, compte tenu de l'évolution de ses charges et alors qu'elle lui avait consenti jusqu'alors des prix «*exceptionnellement bas*». Après le renouvellement du contrat, la cliente assigna l'établissement en abus dans la fixation du prix. Sa demande fut retenue par les Juges du fond qui qualifièrent cette augmentation « *d'anomalie manifeste* » et constatèrent au surplus que la banque ne justifiait pas en quoi ses charges se seraient à ce point alourdies alors que les prix du marché étaient beaucoup moins élevés (889). Sur pourvoi de la banque, l'arrêt est cassé le 30 juin 2004 (890), au visa des articles 1134 et 1135 du code civil : d'une part, « *la banque était libre de fixer le prix qu'elle entendait pratiquer* » ; d'autre part, la cliente, qui « *disposait d'un préavis d'un mois pour résilier son contrat, avait été tenue informée du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, disposant ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions (de la banque), en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre* ». Le critère de l'abus procéderait d'une démarche négative, il s'agirait d'examiner « *le pouvoir du débiteur de ne pas subir fatalement le prix unilatéralement fixé par son cocontractant et de sa liberté corrélative de se lier contractuellement avec un nouveau contractant* » (891). D'autres auteurs ont pu ainsi résumer les motifs qui pourraient conduire à écarter l'abus (892) :

- L'information du client sur la prochaine augmentation du prix,
- La possibilité qui lui est laissée de résilier le contrat
- Et le temps qui lui est donné pour rechercher des solutions alternatives.

577. — **Situation de dépendance économique.** Nous pourrions cependant ajouter que ces critères de caractérisation supposent en préalable que le contrat en cause ne soit pas le support d'une relation de dépendance économique. En effet, dans l'hypothèse où, il n'existerait pas de solutions alternatives, la qualification de l'abus serait autre, et il s'agirait

889 CA Paris, 24 octobre 2000 ; D. 2001.Somm.3236, note D. MAZEAUD – D. 2001.AJ.302, note DELPECH - D. 2002.Somm.641, note D.-R. MARTIN.
890 Civ. 1ère, 30 juin 2004 ; Contrats, conc. , consom., 2004, n°151, obs. L. LEVENEUR – D. 2005, 1828, note D. MAZEAUD – Dr. et Patr., novembre 2004, n°3566, obs. P.CHAUVEL – RDC 2005, 275, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK – RTD. Civ. 2004, p.749, obs. P.-Y. GAUTIER – RTD. Civ. 2005, p.126, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
891 D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz 2006, p.371, n° 9.
892 RTD. Civ. 2005, p.126, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

alors de déterminer si le cocontractant a effectivement usé de manière déloyale de son pouvoir de fixer unilatéralement le prix. Pour autant, doit-on considérer que cette dernière jurisprudence s'inscrit à la suite de celle issue des arrêts du 1er décembre 1995 ? En effet, dans les seconds, la question était de savoir si l'absence d'un prix déterminé lors de la conclusion du contrat pouvait et devait être sanctionné par la nullité, alors que dans l'arrêt dit des « *coffres forts* », la Cour de cassation s'attache davantage à déterminer quelles sont les limites qu'un cocontractant pourrait opposer à l'autre lorsqu'il s'agit de modifier unilatéralement le prix. Il n'est donc pas certain que cet arrêt du 30 juin 2004 soit à considérer comme précisant la notion d'abus telle qu'elle avait été évoquée par la Cour de cassation en décembre 1995, contrairement à ce que certaines aient pu penser (893).

578. — **Appréciation.** Finalement, l'évolution jurisprudentielle sur cette question ne semble pleinement satisfaisante, elle tendrait à susciter de nouvelles difficultés d'interprétation sans vraiment créer un régime juridique uniforme et efficace (894). Pourtant, certains optent pour une généralisation de la théorie de l'abus dans la fixation du prix à tous les contrats dont le prix ne serait pas fixé dès la formation afin qu'elle puisse « *entrer* » dans la théorie générale du droit, et non pas restée limitée aux seuls contrats de distribution (895). Une autre justification nous semble davantage opportune : l'abus dans la fixation du prix peut être économiquement néfaste. En effet, cette « *clause pouvoir* », qui permet à un contractant, suite à des circonstances particulières et imprévisibles, d'en tirer des avantages anormaux au détriment de ce qui aurait pu être l'intention commune des parties si celles-ci les avaient envisagées atteint

893 D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz 2006, p.371, n° 9.

894 La source d'une telle difficulté réside finalement dans l'imprécision de la notion d'abus, il serait vain de vouloir la définir, son imprécision étant la cause de son succès et de son efficacité (cf. sur ce point Ph. Stoffel- Munck, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, Préface de R. Bout, LGDJ, collec. Bibliothèque de droit privé, 2000, n° 3.

895 Cf. sur ce point l'excellent plaidoyer de Mme Le Professeur C. Aubert de Vincelles (« Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix » ; D. 2006, p.2629), l'auteur prend pour point de départ l'arrêt de la première chambre civile du 30 juin 2004 (Bull.. I, n°190 ; D. 2005, p.1828, note D. Mazeaud ; RTD.. 2004, p.749, obs. P.-Y. Gautier, cette revue 2005, p.126, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005, p.275, obs. Ph. Stoffel-Munck) par lequel les juges ont décidé que la Cour d'appel n'avait pas caractérisé le comportement fautif d'une banque dans la fixation du prix de location d'une chambre forte suite à l'augmentation importante du prix de location. La banque était libre de fixer le prix qu'elle entendait pratiquer , de plus sa cliente, qui bénéficiait d'un préavis d'un mois pour résilier le contrat, avait été tenue informée du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, elle disposait ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la banque en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre.

l'économie du contrat (896). A l'inverse, une interdiction de principe n'est pas économiquement acceptable puisqu'une telle clause peut permettre d'asseoir le contrat, l'efficacité des échanges et la coopération interentreprises » (897). Au fil de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'abus sera alors caractérisé « *par un comportement déloyal consistant dans la mise en œuvre inefficace d'une prérogative contractuelle* » (898). Cette clause d'approvisionnement exclusif peut être restrictive de liberté pour le distributeur lorsqu'il s'interdit de distribuer tout autre marque, ou même tout autre produit, et peut susciter une augmentation des prix de revente dans la mesure où le distributeur ne peut accepter de propositions commerciales plus favorables de la part d'autres fournisseurs, elle doit donc être strictement contrôlée (899). Le fournisseur qui restreindrait de trop la liberté du distribuer plusieurs marques, plusieurs produits pourrait se voir, en théorie, condamner au titre d'un abus de position dominante (900), d'un abus de dépendance économique (901), ou d'une pratique restrictive (902). De la même manière, le fournisseur serait susceptible de voir le contrat d'achat exclusif conclu annulé aux motifs qu'il serait constitutif d'une entente, non exemptée au titre du bilan économique, de la règle de raison, ou encore au titre d'une exemption par catégorie. Dans le cas où il s'agit du concédant qui est débiteur de l'obligation d'exclusivité (903), ce dernier s'engage à accorder une exclusivité de fourniture au profit d'un distributeur sélectionné au sein d'un territoire déterminé (904). Ici encore, l'exclusivité territoriale ne peut être absolue (905),

896 A. Kamiri, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, Bibliothèque de droit privée, T. 306, LGDJ, 2001, n°41.

897 A Cathiard, L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat, PU Aix Marseille 2006. n°179.

898 A Cathiard, L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat, PU Aix Marseille 2006. n°179.

899 Sur cette question : Cf. P.Gourdon, L'exclusivité, Préface de P.Le Cornu, LGDJ 2006, n° 454 et s. L'auteur explicite les conséquences de la création de ce rapport de dépendance et fait état des solutions proposés pour les diminuer ; en amont le législateur a alourdi l'obligation d'information mise à la charge du fournisseur par le biais de la Loi Doubin, et en aval le juge est conduit à opérer un contrôle de l'abus provoqué par l'exclusivité choisie par les parties.

900 Article L. 420-2 du Code de commerce et 82 du Traité CE, une telle condamnation semble hypothétique dans la mesure où le fournisseur pourrait se retrancher derrière l'absence d'affectation du marché en cause, ou encore l'exemption de la clause.

901 Article L. 420-2, al. 2 du Code de commerce, le jeu de la clause d'exclusivité ne semble « affecter l'approvisionnement ou la structure de la concurrence ».

902 Article L. 442-6 du Code de commerce, malgré l'apparente applicabilité de cet article, nous opposerons le fait que la clause d'exclusivité crée « naturellement » une situation de dépendance économique.

903 En pratique, l'on constate alors une exclusivité réciproque.

904 Alors que l'on pourrait considérer que l'indétermination du territoire serait cause de nullité, la Cour de cassation a décidé qu'il était possible de déduire l'existence d'un territoire exclusif à partir d'autres éléments que la sa seule mention dans le contrat, l'expression « son distributeur », la présence d'une clause de non- concurrence, la réalisation d'investissements…pouvaient la justifier (Com. 03 juillet 2001, n° 99-11390 ; RJDA 2002, n° 34 et 35. Rappelons que le contrat de distribution exclusive au sein duquel aucun territoire

même si en pratique une telle exclusivité est source de protection pour le distributeur, qui peut espérer alors un amortissement de ses investissements, tout en permettant au fournisseur de s'assurer de l'efficacité de son réseau. Intégrer une clause d'exclusivité de territoire doit être justifiée par le biais d'un bilan économique positif, ou par un règlement d'exemption, et ensuite assurée par le concédant lui-même. A ce titre, il doit empêcher l'intrusion de distributeurs concurrents et de tiers sans qualité de distributeur « *officiel* ».

PARAGRAPHE 3 : LES OBLIGATIONS « *CLASSIQUES* » DES PARTIES

579. — Le contrat de distribution doit être correctement exécuté par les parties sous peine de le voir résilier ou de mettre en cause la responsabilité de la partie défaillante. L'exécution du contrat n'a donc de sens que si chacune des parties respectent ses obligations afin de permettre au contrat de produire tous ses effets. En pratique, les obligations du fournisseur sont essentiellement celles de procurer les produits du contrat au distributeur et de lui prêter assistance dans une certaine mesure (A), le distributeur est, quant à lui, tenu d'acquérir ces produits et de se soumettre aux normes commerciales mises en place (B).

A. LES OBLIGATIONS DU FOURNISSEUR

580. — **Obligation de fourniture.** Même si cela relève de l'évidence, la première obligation est celle de fournir les produits selon les modalités convenues entre les parties, à défaut, le fournisseur pourrait être débiteur de dommages et intérêts (906), voire d'exécution forcée (907), sans pour autant être tenu à une obligation de résultat quant au succès commercial du produit (908), tout en s'obligeant parfois à ne fournir que son partenaire contractuel dans le territoire considéré. Le fournisseur sera considéré comme ayant rempli son obligation de fourniture s'il permet à son

ne pourrait être constaté serait susceptible d'être requalifié en simple contrat de distribution sélective.

905 Certains auteurs condamnent « per se » l'insertion de ce type d'exclusivité : Cf. J. Shapira, G. Le Tallec et J.-B. Blaise, Droit européen des affaires, PUF 1992, p.429. L'exclusivité territoriale concédée a ainsi pour effet d'éliminer la concurrence entre distributeurs au profit d'un seul, ce qui est éminemment contraire au principe de libre concurrence.

906 CA Paris, 27 mai 1980 ; D. 1981, p.312, note Le Tourneau. Pour une vue d'ensemble de l'obligation de contracter au sein du contrat de distribution, Cf. l'étude complète de thèse JLR.

907 Pou un exemple CA Colmar, 18 octobre 1972 ; D. 1973, p.496, note R. Cabrillac et J- B. Seube – JCP 1973, éd. G., II, 17479, note Burst. Et plus récemment Com. 17 juillet 1990 ; D. 1991, p.471.

908 CA Versailles, 15 juin 1989 ; D. 1989, IR., 223.

partenaire contractuel d'utiliser la marque du produit, mais sans concéder de licence de marque

581. — **Obligation d'assistance.** A cette obligation de fourniture, s'ajoute dans la plupart des cas une obligation d'assistance matérielle (mise à disposition de matériel et de signes distinctifs), technique (formation du personnel, initiation aux outils informatiques et de gestion utilisés dans le réseau, organiser les campagnes de rappel des produits défectueux...) commerciale (participation aux campagnes publicitaires organisées par son concessionnaire, mise en valeur de l'espace commercial), et éventuellement financière lorsque la mise en place de l'activité nécessite des coûts importants (même si le concédant n'a pas à supporter les pertes financières de son partenaire contractuel durant l'exécution du contrat ou organiser à son bénéfice une reconversion en cas de rupture du contrat). La qualité de commerçant indépendant du distributeur limite logiquement les obligations du fournisseur, ce dernier ne peut s'immiscer dans l'activité de son partenaire, au risque de voir sa responsabilité engagée en cas de soutien financier ou de contrôle excessif (909). A l'inverse, le fournisseur doit néanmoins diligenter un contrôle minimum sur l'activité du distributeur, à défaut ce laxisme pourrait constituer une faute sa part (910).

---

909 Pour des exemples jurisprudentiels : en matière de contrôle excessif du concédant : CA Rouen, 23 mai 1978 ; JCP éd. G. 1979, II, 19235, note G. Notté – Rapp.Com. 16 février 1983 ; Bull.. IV, n°88 – L. Gimalac, « Les contrats d'intégration révélés par les actions en comblement de passif... » ; RTD. com. 1999, p.601. De la même façon, un concédant a pu engagée sa responsabilité après avoir accordé un soutien excessif alors que l'activité de son concédant était irrémédiablement compromise, sa faute a été à l'origine de la création du passif : CA Pau, 28 avril 1993 ; RJ com. 1994, p.23, obs. F. Grua – Sur pourvoi Cass. com. 09 mai 1995 ; D. 1997, Somm. p.54, obs. D. Ferrier. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 21 février 2006 (CA Versailles, 21 février 2006, n° 04-8931, ch. com. réunies, SA Fiat Auto France c/ Crozat ès qual. ; RJDA 8-9/06, n°896) est original en ce sens que la mandataire liquidateur d'une société concessionnaire a assigné un concédant en paiement de dommages et intérêts en raison du soutien abusif que ce dernier aurait mis en place, mais aussi et cela est paradoxal, en raison de l'abus du droit de rompre dont le concédant aurait fait preuve en donnant pleine efficacité à la clause résolutoire contenue dans le contrat. Cette décision intervient sur renvoi après cassation (Com. 30 novembre 2004 ; RJDA 5/05, n°540), la Cour de cassation avait retenu la responsabilité du concédant du fait de son soutien abusif alors que son partenaire contractuel était dans une situation irrémédiablement compromise, et avait dans le même temps admis que les juges pouvaient allouer des dommages et intérêts au demandeur au titre d'une mise en œuvre de mauvaise foi de la clause résolutoire. La Cour d'appel de Versailles ne se range pas derrière cette analyse, elle dissocie la question de la faute résultant du soutien abusif de celle de l'abus dans la mise en œuvre de la clause résolutoire, elle admet le premier chef de condamnation mais refuse le second. Un auteur a pu alors mettre en exergue ce paradoxe refusé par la Cour d'appel : « consistant à reprocher au concédant d'avoir soutenu son concessionnaire, et lui faire grief, dans le même temps et pour les mêmes raisons, d'avoir mis fin aux relations contractuelles » (RJDA 8-9/06, n°896). Cette décision a fait l'objet d'un nouveau pourvoi.
910 CA Paris, 10 octobre 1990 ; Lettre distrib. 1990 – 11 – Contra : Cass com. 08 mars 1988 ; Bull.., IV, n° 100 (cassation aux motifs que la Cour d'appel n'avait pas caractérisé la faute de la société Peugeot). Cass. civ. 14 décembre 1956 ; Bull. civ. II, n° 694 – Com. 06 novembre 1961 ; D. 1962, p.186 -

B. LES OBLIGATIONS DU DISTRIBUTEUR

582. — **Obligation d'achat.** Alors que l'on considère communément qu'il est placé dans une situation de dépendance face au fournisseur, le distributeur reste assujetti à des obligations davantage contraignantes. Il doit tout d'abord s'obliger à acheter les produits désignés (911) et peut être tenu à une certaine quantité de produits achetés par le biais d'une clause de quota ou de minima qui s'analyse en une obligation de moyens (912). Cette clause doit être rédigée en respectant des exigences de mesures raisonnable (913), sans arbitraire (914) ou discrimination (915). Le distributeur peut être aussi tenu de réaliser certains objectifs de vente, dans ce cas, le régime de ces obligations est calqué sur celui gouvernant la validité des clauses de quota, de minima et de coefficients de pénétration de marché (916). Le distributeur peut être dans l'obligation de constituer un stock précis afin de satisfaire immédiatement les besoins des consommateurs, se pose alors à ce stade la question de l'exclusivité d'approvisionnement. Une telle prérogative est possible, sous réserve que le distributeur bénéficie d'une certaine protection de la part de son fournisseur. Cette protection peut s'illustrer par exemple dans l'exigence d'une durée minimale de l'accord (917), et par la possibilité pour le concessionnaire, sous certaines conditions, de pouvoir représenter plusieurs marques (918).

583. — **Le respect des normes fixées par le fournisseur.** Enfin, l'objectif de collaboration commerciale et d'intégration au réseau justifient la soumission du concessionnaire à un certain nombre de nombre de commercialisation, ces normes peuvent être liées à la politique commerciale du concédant, à ses actions promotionnelles, à l'organisation d'un service

911 Thèse JLR.
912 Mais une solution inverse CA Paris, 19 octobre 1981 ; Gaz. Pal. 1982, 2, p.240, note Ph. Le Tourneau.
913 Com. 07 avril 1998 ; D. 1998, somm. p.330, obs. D. Ferrier.
914 Com. 20 janvier 1998: « Les objectifs de vente doivent, toutefois, être « fixés de façon objective en fonction des performances commerciales concrètes réalisées par la marque en France et ne doivent pas reposer sur des critères subjectifs ou potestatifs » ; D. 1998, somm. com. p.333, obs. D. Ferrier.
915 CA Versailles 16 juin 1992 : « La résiliation d'un contrat de concession doit être prononcée aux torts du concédant lorsque celui-ci a appliqué le système des quotas de manière à la fois inégalitaire et arbitraire par comparaison avec les autres concessionnaires de la région, le concédant ayant, en outre, faussé délibérément le jeu de la concurrence au détriment du concessionnaire en lui imposant des tarifs le mettant hors d'état de proposer à la clientèle des prix équivalents à ceux des concessionnaires voisins » ; D. 1992, somm. p.71, obs. D. Ferrier.
916 Pour une étude de la validité de principe de ces clauses : Cf. Ph. Le Tourneau, Les contrats de concession, éd. Litec, collect. Affaires finances, 2005, n° 125 et s.
917 Afin de pouvoir bénéficier du mécanisme de l'exemption, la durée minimale d'un accord de distribution devra être de cinq ans (règlement n°2790/1999, article 5-a « L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique à aucune des obligations suivantes contenues dans des accords verticaux, a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence, dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans; [...] »).
918 Article 1er- b du règlement n°1400/2002.

après-vente, et parfois même à l'égard de clients d'un autre membre du réseau. En revanche, la promotion et la réussite commerciale du réseau ne peuvent justifier l'imposition de prix de revente, seuls les prix de revente conseillés peuvent être diffusés, le concédant qui tenterait de maîtriser la politique de prix de son partenaire pourrait subir, outre une condamnation au titre d'une action en responsabilité, une requalification du contrat de concession en contrat de travail.

SECTION 3 : L'EXTINCTION DU CONTRAT

584. — **Sécurité économique et juridique.** L'une des principales revendications des distributeurs de véhicules a toujours été une réelle protection juridique lors de la rupture du contrat les liant au fournisseur. En effet, le secteur de la distribution automobile est particulièrement exigeant en matière d'investissement ; les constructeurs sont très attachés au critère qualitatif de sélection selon lequel pour avoir le droit d'être distributeur agrée il est nécessaire d'investir des capitaux importants (919). Cependant, dans le même temps est née en réponse à cet effort d'investissements la revendication de stabilité contractuelle, au moins durant la période nécessaire à l'amortissement de leurs investissements.

585. — **L'art de la rupture.** Cette période de « *l'après -contrat* » (920) est donc source d'un contentieux important, il s'agit de savoir ce qui survit juridiquement au contrat qui s'est achevé ; les deux parties ayant des intérêts économiques et juridiques à ce que la fin de leur collaboration soit encadrée. Le Professeur Stoffel – Munck envisage une telle rupture des relations commerciales de manière générale, l'après – contrat doit avoir vocation à régler, selon lui, tant « *l'abandon du passé* » que « *l'espoir d'un renouveau* » (921). L'art de la rupture du contrat est donc devenu une matière en part entière au sein du droit des contrats (922), et nécessite des parties une vigilance quasi permanente tout autant lors de la phase de rédaction, que de la période de rupture elle-même. Pour autant, les contours d'une telle matière sont loin d'être tracés tant les obstacles conceptuels, linguistiques et pratiques sont grands (923).

---

919 Il s'agissait d'une des caractéristiques du contrat de concession que la pratique avait mis en place ; c'était le contrat par lequel le concédant n'investissait pas à proprement parler dans la distribution du produit mais en chargeait au contraire le distributeur. Etant donné le coût de la mise en place d'un réseau ; les constructeurs ont vu dans cette stratégie le moyen de pouvoir se concentrer sur l'innovation des produits. Pour plus de développement voir l'ouvrage de M. Le Tourneau, Les contrats de concession, Litec, éd. 2003.
920 L'après – contrat, Ph. Stoffel – Munck, Revue des contrats, 2004, n° 1, p.159.
921 L'après – contrat, Ph. Stoffel – Munck, Revue des contrats, 2004, n° 1, p.159.
922 Et même, « un art périlleux tant il apparaît difficile de dénouer des relations engagées », S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s.
923 Cf. l'article de synthèse de S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s.

586. — **Vocabulaire.** Passons sur ces obstacles conceptuels, pour s'intéresser en premier lieu aux divergences de vocabulaire, divergences qui se sont évidemment forgées autour de deux termes juridiques employés pour désigner la rupture du contrat : la résolution et la résiliation. A priori, la distinction serait arrêtée (924) et tiendrait à l'effet rétroactif ou non de ces deux qualifications, distinction à laquelle s'ajouterait la circonstance de la durée ; la résiliation serait réservée aux contrats à exécution successive, alors que la résolution serait davantage attachée aux contrats à exécution instantanée. Cette dernière circonstance ne semble plus être vraie aujourd'hui, l'auteur cité (925) évoque à juste titre une nouvelle tendance jurisprudentielle de stabilisatrice : « *Certains contrats à exécution successive peuvent faire l'objet d'un anéantissement rétroactif et d'autres non, selon un nouveau critère qui tient au moment où intervient l'inexécution (le contrat ayant ou non été correctement exécuté pendant un certain temps) et à l'intensité de cette inexécution* ». Le caractère rétroactif de la rupture serait ainsi abandonné à la libre appréciation du juge. Plus que de jeter le trouble au sein des qualifications juridiques traditionnelles que nous connaissons, de telles divergences peuvent être à l'origine selon l'auteur « *d'une erreur d'analyse : plutôt que d'analyser la rupture en elle-même, en distinguant le principe de la rupture (autrement dit le droit de rompre), l'exercice de la rupture (les modalités de la rupture) et les conséquences de la rupture (ses effets et son prix), le droit raisonne à partir des origines de la rupture, s'adonnant à une casuistique plus ou moins satisfaisante* » (926)). Afin d'esquisser une véritable théorie de la rupture contractuelle, « *une véritable politique du désengagement* » (927), il est ensuite impératif d'apporter un éclairage notionnel à propos de nombreux termes que la doctrine, la jurisprudence, et plus généralement les juristes, ont tendance à confondre. Il est essentiel à titre préliminaire de distinguer le droit de rompre des

924 G. Cornu, Vocabulaire juridique, 7ème éd. : « résiliation : nom donné à la dissolution du contrat par acte volontaire – comme la révocation, mais sans rétroactivité – soit à l'initiative d'une seule partie (contrats à durée indéterminée (résiliation unilatérale)), soit par l'accord des deux parties (résiliation conventionnelle) ».
« résolution : anéantissement en principe rétroactif d'un contrat synallagmatique qui, fondé sur l'interdépendance des obligations résultant de ce type de contrat, consiste à libérer une partie de son obligation (et lui permettre d'exiger la restitution de ce qu'elle a déjà fourni), lorsque l'obligation de l'autre ne peut être exécutée, soit du fait de d'une faute de celle-ci (manquement sanctionné selon les cas par la résiliation judiciaire ou la clause résolutoire expresse), soit par l'effet d'une cause étrangère ».
925 Cf. l'article de synthèse de S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s.
926 Cf. l'article de synthèse de S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s. L'auteur évoque sur ces points les travaux des Professeurs D. Tallon et B. Fages ; D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation » ; RTD. 1994.223; contra B. Fages, « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando » ; D. 2003.2386.
927 S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s.

modalités de rupture (928), tout en excluant de cette dichotomie la question des motifs qui « *n'intéressent ni le principe de la rupture ni ses modalités, dans la mesure où la loi et la jurisprudence n'imposent pas la motivation comme garantie de sa légitimité […] Pourtant la prise en compte de la bonne foi au stade de la rupture aboutit à des solutions contradictoires. La jurisprudence tend en effet à condamner toute rupture préjudiciable des relations lorsque l'une des parties agit de mauvaise foi, […]. L'accent est alors mis sur les motifs de la décision et sur les circonstances de la rupture (déloyauté, surprise...) pourtant exclus de la discussion* » (929).

587. — **Causes de rupture.** S'intéresser au principe de la rupture revient à s'interroger sur les conditions de la rupture en elle-même, autrement dit à rechercher quelles sont les hypothèses légitimes de dissolution du lien contractuel. Ces hypothèses de rupture légitimes sont au nombre de trois : il existe à la fois une rupture fautive, une rupture liée à un changement de circonstances ou de cocontractants, et enfin celle imposée par un contractant qui souhaite mettre fin au rapport contractuel ou l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée (930). Malgré cette diversité, notre droit ne retient que deux types de rupture : la rupture fautive et la rupture voulue par les parties, la première « *ne couvre que les hypothèses d'inexécution contractuelle caractérisée, la « rupture voulue » postule, quant à elle, un accord des parties ou une autorisation légale*. Il en ressort que *des pans entiers de ruptures ne sont pas appréhendés,* faute de pouvoir s'inscrire dans ce schéma » (931). Or en réalité, cette distinction, quoique un peu artificielle, a au moins le mérite de la clarté, et sera retenue dans le reste de l'étude, même si certaines ruptures ne peuvent s'insérer au sein de ces deux catégories. En effet, quelles sont ces hypothèses dans lesquelles cette catégorisation binaire échoue ? Il semble que la rupture des contrats unilatéraux, des contrats dont l'inexécution n'apparaît pas suffisamment grave, des contrats conclus pour une durée déterminée ne peuvent être appréhendées, or sont-ce des raisons suffisantes pour abandonner cette classification? Nous ne le pensons pas, mise à part l'hypothèse des contrats à durée déterminée qu'il conviendra d'isoler, les deux autres hypothèses ne peuvent faire obstacle à ce choix tant elles font figure d'exception en matière de contrats de distribution.

588. — **Conséquences.** En pratique, l'abandon du passé recouvre une réalité aujourd'hui définie, il s'agit pour le maître de réseau de se faire

928 « Autrement dit, la question des modalités doit être isolée des conditions de légitimité de la rupture. Tandis que la manière de rompre revient pour l'essentiel à s'assurer du respect d'un préavis ou de l'absence de brutalité, les conditions d'admission de la rupture tiennent au degré d'inexécution ou au caractère indéterminé dans le temps de l'engagement » ; S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s.
929 S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s.
930 Pour plus de détails sur ces trois hypothèses de rupture légitimes ; Cf. S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s., n° 6 et s.
931 S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » ; RTD.. 2005, p.223 et s.

restituer les instruments économiques qu'il a mis à la disposition de son distributeur, et pour le distributeur cela consiste à rendre les marchandises invendues à son fournisseur par le biais des clauses de reprise de stocks (932) et de minimiser les conséquences de la rupture. A coté de ces modalités matérielles, la fin d'une relation contractuelle se doit tout autant de prévoir la gestion de l'immatériel dans l'après contrat, à savoir les clauses de non-concurrence et de confidentialité. Même si l'intérêt pratique qui existe à prévoir l'effet de telles obligations au terme du contrat est certain, il n'en demeure pas moins qu'il est légitime de s'interroger sur leur nature juridique, en effet est-on face à de véritables obligations ? La question mérite de se poser dans la mesure où « *elles constituent une convention à part entière trouvant leur cause dans une rémunération propre, elles ne visent, en effet, ni à définir l'exécution d'une prestation économique, ni à en fixer les modalités d'exécution* » (933). Une telle interrogation fait notamment suite aux éminents travaux du Professeur P. Ancel (934) démontrant que « *tout dans le contrat n'est pas obligation* », il peut s'agir uniquement de normes s'imposant dans la relation, et qui ont pour objet de « *renforcer et de préciser conventionnellement des normes de comportement social qui existent par ailleurs* » (935). La gestion de l'après contrat peut de la même manière organiser un « *espoir de renouveau* », la relation contractuelle pouvant « *se colorer d'esprit communautaire, indépendamment de tout sentiment fraternel* » (936), il s'agit alors pour les parties d'encadrer la fin de la relation contractuelle, et notamment les conditions de rupture, ce débat est particulièrement virulent en matière de contrats de distribution du fait de la forte intégration qui y règne.

589. — **Reprise des contrats de travail.** L'une des particularités de notre droit interne quant à la rupture des contrats qu'il convient de prendre en compte est l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail prescrivant le transfert des contrats de travail de l'ancien employeur vers le nouvel acquéreur lorsque l'entité économique transférée conserve son identité et que l'activité est poursuivie ou reprise (937). L'application de cet article mérité d'être traitée dans la mesure où l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002 a entraîné d'importantes restructurations de réseaux, et ainsi la rupture de nombreux contrats de distributions à l'initiative des constructeurs automobiles, même si dans la

932 J. Raynard, "Les restitutions dans les contrats de distribution", in La cessation des relations contractuelles d'affaires, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, p.179.
933 L'après – contrat, Ph. Stoffel – Munck, Revue des contrats, 2004, n° 1, p.159.
934 P.Ancel, "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", RTD. 1999, p.771.
935 L'après – contrat, Ph. Stoffel – Munck, Revue des contrats, 2004, n° 1, p.159.
936 L'après – contrat, Ph. Stoffel – Munck, Revue des contrats, 2004, n° 1, p.159.
937 Plus précisément l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail dispose que « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

plupart des cessions de fonds de commerce considérés le transfert des contrats de travail a été opéré sans aucune difficulté. Cependant, certaines situations ont pu susciter un contentieux important, et notamment en l'absence de repreneur agrée par le concédant. Rappelons que la majorité des constructeurs automobiles sur le marché ont opté pour une distribution sélective qualitative et quantitative et que les contrats de distribution automobiles prévoient le plus souvent l'agrément du constructeur en cas de cession du contrat ; ces deux circonstances ont pu parfois entraîner un ralentissement des opérations de vente de l'activité, voire l'arrêt de l'activité sans repreneur agrée par le constructeur. Avant l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, quelques arrêts ont pu permettre de fixer les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, son applicabilité de principe étant acquise (938). Nous pouvons, à l'instar de l'analyse proposée par Maître Bertin (939), qualifier la jurisprudence « d'éparse et embryonnaire » (940 jusqu'en 1998, même si la Cour de cassation a pu rendre un arrêt de principe en 1995 (941). Il s'agissait en l'espèce de permettre à un ex-salarié de la Régie Renault de Toulouse de faire valoir ses droits d'ancienneté lors de son licenciement par le repreneur privée de la Régie, sa demande fut accueillie par la Cour au visa de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail.

590. — Maîtriser l'art de la rupture du contrat suppose donc une analyse précise des causes (Sous section 1) et un strict contrôle des modalités pratiques (Sous section 2).

SOUS SECTION 1 : LES CAUSES DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

591. — **Variétés.** Les cas de rupture des contrats de distribution, et plus généralement des contrats commerciaux, forment un contentieux à part entière, il serait évidemment fastidieux d'en dresser un inventaire complet. De même la classification précise des cas de rupture n'est pas aisée, pour ces raisons nous allons simplement présenter les principales solutions appliquées aujourd'hui par les tribunaux. Pour autant, il nous semble nécessaire de remettre en cause la présentation classique opérée fréquemment en matière de rupture des contrats de distribution,

938 En effet, la rédaction de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail est assez large pour englober tous types de relation d'affaires, sans exclure au préalable certains secteurs ou contrats.

939 R. Bertin, « Le changement de concessionnaire exclusif de la vente de véhicules automobiles d'un marque entraîne transfert des contrats de travail » ; JCP éd. E, 2002, I, 1383.

940 R. Bertin, « Le changement de concessionnaire exclusif de la vente de véhicules automobiles d'un marque entraîne transfert des contrats de travail » ; JCP éd. E, 2002, I, 1383.

941 Soc. 04 octobre 1995.

présentation qui consiste à opposer les solutions applicables en matière de contrats à durée déterminée et indéterminée. En effet, l'on a coutume d'affirmer que seuls sont révocables les contrats à durée indéterminée alors que les contrats à durée déterminée doivent obligatoirement être exécutés jusqu'à leur terme. Un auteur a récemment démontré qu'au final une telle règle devait être remise en cause, elle apporte au soutien de son analyse de nombreux exemples qui justifient la mise en œuvre du droit de résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, tout en évoquant les fondements théoriques sous jacents (942). Ainsi elle évoque le droit de résiliation du contrat de bail, largement promu afin de protéger la personne du contractant, ou bien encore celle du contrat d'assurance lorsque l'une des parties constate la disparition de l'intérêt du contrat. Une telle faculté de résiliation anticipée du contrat à durée déterminée doit cependant être encadrée par une obligation, ou tout le moins une exigence de motivation et par l'octroi d'une indemnisation lorsque la partie « *abandonnée* » subit un préjudice directement lié à l'acte de résiliation. Finalement, la différence qui subsiste entre le contrat à durée indéterminée et celui à durée déterminée tient seulement en ce que l'arrivée du terme est une cause de rupture à part entière dans le contrat à durée déterminée. Hormis cette hypothèse, il est ainsi possible d'envisager les différents types de rupture sans distinguer selon que le contrat est à durée déterminée ou indéterminée.

592. — Le contrat de distribution automobile présente une particularité liée à l'entrée en vigueur des règlements d'exemption par catégorie puisqu'il s'agit alors de savoir si cette modification du droit applicable peut être, en elle-même, cause de rupture du contrat (Paragraphe 1). L'autre cause majeure de la rupture du lien contractuel, à l'origine d'un contentieux important, est celle consécutive aux manquements de l'une des parties, elle semble cependant détrônée au profit d'un nouveau mode de rupture : la rupture unilatérale et volontaire du contrat (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA RUPTURE DU CONTRAT LIEE A UNE REORGANISATION DU RESEAU

593. — **REC n°1475/1995.** Organiser la fin du lien contractuel fut, dès l'élaboration du règlement n° 1475/1995, l'une des préoccupations principales de ses rédacteurs (943). Le règlement porta la durée du contrat à

942 Ch. Corgas – Bernard, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, Préface Ch. Jamin, Thèse Aix Marseille, éd. PU d'Aix Marseille 2006.

943 Article 5, Paragraphe 2 et 3 du règlement n°1475/1995 : « 2. Lorsque le distributeur a assumé des obligations visées à l'article 4 paragraphe 1 pour améliorer la structure de la distribution et du service de vente et d'après-vente, l'exemption s'applique à condition que:
1) le fournisseur consente à libérer le distributeur des obligations visées à l'article 3 point 3 si le distributeur démontre l'existence de justifications objectives;

durée déterminée à 5 ans (article 5-2, 2)), de plus le préavis de non renouvellement fut fixé à six mois avant la cessation de l'accord. Si les parties étaient liées par un contrat à durée indéterminée, leur contrat devait prévoir un préavis de résiliation fixé à deux années (article 5-2, 2)). Le texte du règlement ne fixa aucune prescription quant à la motivation de la résiliation ou l'octroi d'une éventuelle indemnité. Une véritable protection du distributeur lors de la fin du contrat avait été prévue, pour autant le règlement introduisait une « *porte de sortie* » à savoir le droit de résiliation extraordinaire pour manquement à une obligation essentielle du contrat ou pour une réorganisation substantielle du réseau sans qu'aucune obligation formelle de motivation ne soit nécessaire.

594. — **Manquement à une obligation essentielle du contrat.** Le premier motif n'a pas été sans susciter d'ambigüité puisqu'il s'est alors s'agit de déterminer quelles sont les obligations essentielles pouvant être à l'origine d'une rupture ? Il semble que cette obligation peut être de nature contractuelle ou extra- contractuelle dès lors que le texte n'impose aucune catégorie (944), en revanche peu d'indices nous permettent de déterminer quelles sont les obligations *« essentielles »* des parties. La brochure explicative accompagnant le règlement précise qu'il peut s'agir des obligations énumérées de l'article 1 à 4, par exemple le fournisseur qui déciderait de vendre directement au consommateur sur le territoire qu'il a accordé au distributeur s'exposera à une résiliation (article 2).

595. — **Résiliation pour réorganisation substantielle du réseau.** Le second motif a été à l'origine d'une jurisprudence récente qu'il convient de détailler dans ses conséquences ont pu être importantes. Il s'est alors agi de déterminer précisément la portée de cette faculté offerte aux fournisseurs de résilier leurs contrats sans autre justification que celle de réorganiser leurs réseaux. La Commission a considéré que cette possibilité devait être

---

2) la durée de l'accord soit d'au moins cinq ans ou que le délai de résiliation ordinaire de l'accord conclu pour une période indéterminée soit d'au moins deux ans pour les deux parties; ce délai est réduit à un an au moins:
- lorsque le fournisseur est tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière, s'il est mis fin à l'accord ou - lorsqu'il s'agit de l'entrée du distributeur dans le réseau et de la première durée convenue de l'accord ou de la première possibilité de résiliation ordinaire;

3) chaque partie s'engage à informer l'autre au moins six mois avant la cessation de l'accord qu'elle ne désire pas proroger un accord conclu pour une période déterminée.
3. Les conditions d'exemption prévues aux paragraphes 1 et 2 ne préjugent pas:
- du droit du fournisseur de résilier l'accord moyennant un préavis d'au moins un an en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau,
- du droit d'une partie d'exercer la résiliation extraordinaire de l'accord en raison d'un manquement de l'autre partie à une de ses obligations essentielles.
Dans chaque cas, les parties doivent, en cas de désaccord, accepter un système de règlement rapide du litige, tel le recours à un tiers expert ou à un arbitre, sans préjudice du droit des parties de saisir le tribunal compétent conformément aux dispositions du droit national applicable ».
944 Droit de la distribution automobile, L. et J. Vogel, Dalloz 1996, p134.

prévue afin de ne pas entraver le développement de structures flexibles et efficaces de distribution (Considérant n°19 du règlement n°1475/1995), et permettre au constructeur de réadapter en souplesse son appareil de production. Cependant cette réorganisation devait être « *nécessaire* », il s'ensuivait donc une difficulté d'appréciation quant à cette condition qui appartient au constructeur.

596. — **Première question préjudicielle.** L'analyse de cette faculté de résiliation et des difficultés juridiques et pratiques qu'elle a pu poser est impérative dans la mesure où le règlement n° 1400/2002 a repris au sein de son article 3, paragraphe 3, b) (945), cette opportunité offerte aux constructeurs. Ces difficultés d'interprétation ont suscité une série de questions préjudicielles posées à la Cour de Justice des Communautés européennes (946). La première est celle posée par un Juge danois concernant la légalité de la résiliation d'un contrat de distribution moyennant préavis d'un an à la lumière de l'article 5, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1475/95, de la Commission, du 28 juin 1995 (947). Les faits à l'origine de la saisine du Juge danois étaient simples : le représentant du constructeur Audi au Danemark avait résilié un certain nombre de contrats de distribution au sein de cet Etat membre moyennant un préavis de 12 mois aux motifs que l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002 entraînait une restructuration complète du réseau Audi au Danemark. Une association de distributeurs l'a alors assigné alléguant que le préavis aurait dû avoir une durée de 2 ans. Nous nous attacherons particulièrement aux critiques formulées par l'avocat général Geelhoed au

945 L'article 3, paragraphe 5, b) du règlement 1400/2002 dispose:
« L'exemption s'applique à condition que l'accord vertical conclu par le fournisseur de véhicules automobiles neufs avec un distributeur ou un réparateur agréé prévoie:
[…]
b) ou que l'accord est à durée indéterminée; dans ce cas, le délai de résiliation ordinaire de l'accord doit être d'au moins deux ans pour les deux parties; ce délai est ramené à un an au moins lorsque: i) le fournisseur est tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière s'il est mis fin à l'accord, ou que ii) le fournisseur résilie l'accord en raison de la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau ».

946 Voir notamment : CJCE 07 septembre 2006, VW-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05; RLDA 2006/10, nº 588, obs. C. Pellegrini - RLDA 2006/9, nº 521. – CJCE 30 novembre 2006, A. Brünsteiner (C-376/05, JO C 10, p.8), Autohaus Hilgert (C-377/05, JO C 10, p.8) – CJCE 18 janvier 2007, City Motors Groep c/Citroën Belux NV (C-421/05, JO C 36, p.21). Le texte de ces diverses affaires est consultable sur le site http://www.curia.eu. Pour une étude d'ensemble de ces jurisprudences : R. BERTIN, « Les conditions de recours à la procédure extraordinaire de résiliation avec préavis réduit à un an pour cause de réorganisation d'un réseau de distribution automobile », RLDA 2007/02, n°13.

947 CJCE 07 septembre 2006, VW-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05; RLDA 2006/10, nº 588, obs. C. Pellegrini - RLDA 2006/9, nº 521. La question posée à la Cour était d'autant plus pertinente que la version danoise du texte de l'article 5, paragraphe 3, du règlement 1475/95 est quelques peu différente de celles des Etats membres de l'Union (Cf. sur ce point précis ; T. BENTEYN ET P.CARLI, Variations linguistiques sur un règlement communautaire ; JCP 2003, éd. E ; n°28-29, p.1182).

sein de ces conclusions transmises à la Cour le 27 avril 2006 (948). Ce dernier est particulièrement sévère à l'encontre de la Commission, il lui reproche de se contredire fréquemment et de ne pas faire preuve de la rigueur requise lors de la rédaction des brochures explicatives accompagnant les règlements d'exemption. Il donne pour exemple la position de la Commission relativement au caractère objectif ou subjectif de la nécessité de réorganiser le réseau de distribution : ainsi en 1995, la Commission estime que « *la condition contenue dans l'article 5, paragraphe 3, du règlement 1475/95 à l'utilisation d'un délai de préavis réduit, à savoir qu'il existe une « nécessité de réorganiser, présente un caractère objectif dont l'existence peut être vérifiée dans le cas d'espèce concret par le juge national* », pour affirmer en 2006 que « *la nécessité d'une réorganisation dépend exclusivement de l'appréciation commerciale subjective du fabricant, qui serait soustraite à un contrôle juridictionnel plus approfondi* » ! Cependant malgré les nombreuses critiques formulées par l'avocat général, les réponses de la Cour (949) sont quelques peu décevantes quant à leur précision, il n'en demeure pas moins qu'elle semble aujourd'hui privilégier une position favorable pour les constructeurs sur ce point.

597. — **Seconde question préjudicielle.** Cette seconde question préjudicielle revêtait un aspect davantage pratique relatif aux conséquences que le Juge serait en droit de tirer s'il refusait de faire application de cette faculté extraordinaire de résiliation (950). En septembre 2002, le constructeur BMW résiliait tous les contrats de distribution de son réseau avec effet au 30 septembre 2003, et entendait ainsi faire application de son droit à appliquer un préavis réduit prévu par l'article 5, paragraphe 2 et 3, du règlement n° 1475/1995, or dans l'hypothèse où une telle faculté lui serait refusée, était-il possible de considérer que les relations des parties allaient perdurer jusqu'au 30 septembre 2004 (date de fin du préavis de deux ans) alors pourtant que le contrat contenait des dispositions que le règlement n°1400/2002 qualifie de restrictives de concurrence et que ce même règlement a fixé une période transitoire jusqu'au 1er octobre 2003 (951). Dans ce second, il s'agissait plus largement de déterminer quel serait

948 Conclusions consultables sur le site http://www.curia.eu à partir du numéro attribuée à la question, à savoir « C-125/05 ».
949 CJCE 07 septembre, W-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05; http://www.curia.eu - RLDA 2006/10, nº 588, obs. C. Pellegrini - RLDA 2006/9, nº 521 – « Les conditions de recours à la procédure extraordinaire de résiliation avec préavis réduit à un an pour cause de réorganisation d'un réseau de distribution automobile » ; RLDA 2007/02, n°13, 3-93, note R BERTIN.
950 CJCE 30 novembre 2006, A. Brünsteiner (C-376/05, JO C 10, p.8), Autohaus Hilgert (C-377/05, JO C 10, p.8) – CJCE 18 janvier 2007, City Motors Groep c/Citroën Belux NV (C-421/05, JO C 36, p.21). Le texte de ces diverses affaires est consultable sur le site http://www.curia.eu.
951 Point n° 40 de la décision : « Il ressort de la décision de renvoi que cette question est posée pour le cas où la résiliation d'un accord avec préavis d'un an effectuée à la suite de

le sort des contrats conclus sous l'empire du règlement n°1475/1995 et qui continueraient à produire des effets au-delà de l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 fixée au 1er octobre 2003.

598. — **Questions posées.** Les questions qui ont été posées à la Cour de Justice à l'occasion de ces diverses questions préjudicielles peuvent être résumées de la façon suivante (952) :

- Le constructeur, souhaitant résilier un contrat de distribution moyennant un préavis d'un an prévu par le règlement n°1475/1995, est-il tenu de motiver cette résiliation ? Dans le cas d'une réponse affirmative, quelle est la portée de cette obligation de motivation ?
- Le motif lié à la réorganisation du réseau est-il un motif de résiliation justifié, et quelle est la teneur d'une telle réorganisation ?
- A qui incombe la charge de prouver que les conditions de la résiliation d'un contrat de distribution avec préavis réduit sont ou non remplies ?
- L'entrée en vigueur du règlement 1400/2002 est-elle synonyme d'une « *nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau* » ?
- Qu'advenait-il de la relation contractuelle dans l'hypothèse où une telle faculté de résiliation était refusée au constructeur ?

599. — Si les réponses apportées par la Cour de justice à ses diverses questions ont éclairé le Juge quant aux conditions d'application de cette disposition permettant au constructeur d'opposer un préavis réduit à son contractant (A), l'interrogation centrale s'est cristallisée autour du motif lié à l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002 (B).

A. LES CONDITIONS D'APPLICATION DU DROIT DE RESILIATION EXTRAORDINAIRE POUR REORGANISATION SUBSTANTIELLE DU RESEAU

l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002, telle que celle à laquelle BMW a procédé en l'espèce, serait considérée comme contraire à l'article 5, paragraphe 3, premier alinéa, premier tiret, du règlement n° 1475/95. En effet, selon la juridiction de renvoi, si un tel accord, à défaut d'avoir été résilié légalement par le fournisseur, était de toute façon, en vertu du droit national, intégralement frappé de caducité à compter du 1er octobre 2003, il ne pourrait, en tout état de cause, être exécuté, comme le demandent les requérantes au principal, pour la période allant jusqu'au 30 septembre 2004. Cette juridiction se demande dès lors si, à titre exceptionnel, l'article 4 du règlement n° 1400/2002 ne doit pas être interprété en ce sens que, dans un tel cas, cette disposition n'entraîne pas l'inapplicabilité de l'exemption par catégorie audit accord ».

952 Résumé tiré directement des conclusions de l'avocat général Geelhoed consultables sur le site http://www.curia.eu à partir du numéro attribuée à la question, à savoir « C-125/05 ».

600. — Les Juges nationaux saisis en 1ère instance ont été amenés à s'interroger sur l'obligation de motivation qui pourrait être attachée à une telle rupture (1) et sur l'étendue de leur contrôle (2). Il s'agissait enfin de déterminer avec précision lequel des cocontractants devaient assurer la charge de la preuve de la légitimité de la rupture opérée (3).

1°) L'obligation de motivation de la résiliation extraordinaire pour une réorganisation substantielle du réseau

601. — **Carence du REC n°1475/1995.** Alors que le texte du règlement n° 1400/2002 prévoit expressément une obligation générale de motivation, le règlement n°1475/1995 est muet sur ce point. Le texte du règlement se contente de prévoir cette possibilité de résiliation à titre dérogatoire, elle ne peut être qu'une perspective extraordinaire de résiliation. Ce caractère expressément dérogatoire justifie, selon l'avocat général Geelhoed, une obligation de motivation de la rupture (953), plus précisément la nécessité de réorganiser doit être liée à « *l'efficacité économique des structures de distribution dans l'environnement économique dynamique où opère le constructeur* ». L'avocat général conclut alors sur ce point que « *qu'un constructeur qui résilie un contrat de distribution en recourant au préavis réduit doit au moins motiver le recours à ce droit extraordinaire par la nécessité du maintien ou de l'amélioration de l'efficacité économique du réseau de distribution à la lumière des changements économiques objectifs – internes ou externes – auxquels il doit faire face, nécessité qui, de plus, doit être à ce point substantielle qu'elle est l'occasion de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau* » (954). En pratique, l'avocat général préconise qu'une telle obligation de motivation doit être exécutée au travers de la communication constatant la résiliation du contrat.

602. — **Choix de la Cour.** Malgré ces observations pertinentes, la Cour de Justice a préféré s'en tenir à une interprétation stricte de l'article 5, §3, premier alinéa, premier tiret du règlement n° 1475/1995, ce dernier n'impose aucune obligation particulière en ce qui concerne la motivation formelle de cette résiliation, une telle obligation ne pouvant résulter que de l'application d'une disposition nationale (955).

953 Conclusions de l'avocat général Geelhoed, n° 52 et s.
954 Conclusions de l'avocat général Geelhoed, n° 63 et s.
955 CJCE 07 septembre 2006, W-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05; http://www.curia.eu - RLDA 2006/10, n° 588, obs. C. Pellegrini - RLDA 2006/9, n° 521 – « Les conditions de recours à la procédure extraordinaire de résiliation avec préavis réduit à un an pour cause de réorganisation d'un réseau de distribution automobile » ; RLDA 2007/02, n°13, 3-93, note R BERTIN – Europe, comm. n° 331, obs. L. IDOT.

2°) Le contrôle juridictionnel du motif lié à la réorganisation du réseau

603. — **Opportunité d'un contrôle étendu.** Selon l'opinion de l'avocat général Geelhoed, ce motif de résiliation doit être soumis à un contrôle juridictionnel visant à vérifier l'existence et l'importance de la modification des circonstances économiques objectives – internes ou externes – susceptible de donner lieu à une telle opération. Il justifie une telle analyse par la nécessité d'instaurer une protection minimale du distributeur, ce dernier serait ainsi au moins « *à l'abri d'un simple changement de conception du constructeur quant à l'aménagement optimal de son réseau de distribution* » (956). Cependant un tel contrôle n'inclut pas que le constructeur soit dans l'obligation de fournir au distributeur, voire au Juge en cas de litige, un plan détaillé de réorganisation.

604. — **Position intermédiaire de la Cour.** Sur ce point, la Cour de Justice rappelle tout d'abord que la règle contenue à l'article 5, § 3 du règlement n° 1475/1995 est une règle dérogatoire, et qu'ainsi elle doit être d'une interprétation stricte, elle rappelle ensuite les deux exigences impératives permettant au constructeur de bénéficier d'un préavis de résiliation réduit :

- L'existence d'une réorganisation de l'ensemble ou d'une partie substantielle de son réseau de distribution, il s'agit alors de constater « *une modification de l'organisation des structures de distribution de ce fournisseur, laquelle peut porter, notamment, sur la nature ou la forme de ces structures, leur objet, la répartition des tâches internes au sein de telles structures, les modalités de la fourniture des produits et services concernés, le nombre ou la qualité des participants auxdites structures ainsi que leur couverture géographiques* » (957).
- La réorganisation doit être nécessaire, et sur ce point il semble que la Cour se range derrière les exigences de protection des distributeurs déjà évoquées par l'avocat général Geelhoed, en effet elle estime que « *la nécessité d'une réorganisation aux fins de l'exercice du droit de résiliation avec un préavis d'au moins un an doit, par conséquent, pouvoir être justifiée d'une manière plausible par des motifs d'efficacité économique fondés sur des circonstances objectives internes ou externes à l'entreprise du fournisseur qui, à défaut d'une réorganisation rapide du réseau de distribution, seraient susceptibles, compte tenu de l'environnement concurrentiel*

956 Conclusions de l'avocat général Geelhoed, n° 61.
957 CJCE 07 septembre 2006, W-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05, n° 29.

dans lequel opère ce fournisseur, de porter atteinte à l'efficacité des structures existantes dudit réseau »

605. — L'on s'attardera particulièrement sur cette dernière affirmation de la Cour dans la mesure où elle considère que « les éventuelles conséquences économiques défavorables que serait susceptible de subir un fournisseur dans l'hypothèse où il procéderait à la résiliation de l'accord de distribution avec un préavis de deux ans sont à cet égard pertinentes », autrement dit elle laisse aux juges nationaux une large faculté d'interprétation quant à la nécessité de la réorganisation en cause.

3°) La charge de la preuve

606. — **Rôle du fournisseur.** Conformément aux conclusions de l'avocat général (958) et de sa jurisprudence antérieure (959), la Cour considère « *qu'il incombe au fournisseur, lorsque la légalité d'une résiliation avec préavis d'un an est contestée par un distributeur devant les juridictions nationales ou les instances arbitrales, de prouver que les conditions prévues par cette disposition pour la mise en œuvre du droit de résiliation avec un préavis d'un an sont remplies. Les modalités selon lesquelles une telle preuve doit être apportée relèvent du droit national* » (960). Le juriste français ne manquera pas de remarquer l'inversion de la charge de la preuve opérée par la Cour dans la mesure où il appartiendrait normalement au demandeur à la procédure, à savoir le distributeur qui se voit évincé du réseau, d'apporter une telle preuve

B. LE MOTIF DIRECTEMENT TIRE DE L'ENTREE EN VIGUEUR DU REGLEMENT N° 1400/2002

607. — **Influences sur les structures de distribution.** Sur cette question, la démarche de l'avocat général est éminemment pédagogique ; il affirme tout d'abord que « *l'entrée en vigueur du règlement ne constitue pas en tant que telle un fait ou une circonstance qui, en tant que modification économique objective, pourrait rendre nécessaire la résiliation avec préavis réduit des contrats de distribution existants* » (961), pour néanmoins convenir que l'exemption prévue par ce règlement est innovante en soi. Ce dernier point est à l'origine d'un bouleversement sans précédent des conditions économiques de production, de vente et d'entretien des véhicules pouvant

958 Conclusions de l'avocat général Geelhoed, n° 76 et 77.
959 CJCE 17 janvier 1984, VBVB et VBBB/Commission, 43/82 et 63/82, Rec. p.19, point 52 : « il incombe à l'entreprise qui demande le bénéfice d'une exemption individuelle de démontrer que les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, CE sont remplies ».
960 CJCE 07 septembre 2006, aff. C- 125/05, W-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05, n° 44.
961 Conclusions de l'avocat général Geelhoed, n° 79.

justifier une réorganisation du réseau de distribution d'un constructeur. En effet, le règlement n°1400/2002 se distingue des précédents du fait des nouvelles options offertes aux protagonistes du secteur, et prohibe notamment le cumul traditionnel distribution sélective/distribution exclusive. Il faut donc admettre, aux yeux de l'avocat général, que « *que la nouvelle exemption par catégorie est susceptible d'influencer les conditions de vente de véhicules automobiles, au point de rendre nécessaire une adaptation des réseaux de distribution existants* » (962).

608. — **Abus.** Cette possibilité ne doit pas devenir une source d'abus, et le juge national doit sur ce point opérer un contrôle juridictionnel visant « à *déterminer si les nouvelles circonstances résultant de la nouvelle exemption par catégorie sont d'une nature telle qu'elles rendent une réorganisation de l'ensemble ou d'une partie substantielle du réseau de distribution absolument nécessaire* » (963). Cette dernière interprétation fut reprise en des termes quasi identiques par la Cour dans son arrêt du 07 septembre 2006 ; la Cour affirma que « *l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002 […] ne rendait pas, par elle-même, nécessaire la réorganisation du réseau de distribution d'un fournisseur au sens de l'article 5, paragraphe 3, premier alinéa, premier tiret, du règlement n° 1475/95. Toutefois, cette entrée en vigueur a pu, en fonction de l'organisation spécifique du réseau de distribution de chaque fournisseur, rendre nécessaire des changements d'une importance telle qu'ils constituent une véritable réorganisation dudit réseau au sens de cette disposition. Il appartient aux juridictions nationales et aux instances arbitrales d'apprécier si tel est le cas en fonction de l'ensemble des éléments concrets du litige dont elles sont saisies* ». Cette analyse fut réitérée par la Cour de Justice le 30 novembre 2006 (964) en des termes identiques, mais la Cour apporta néanmoins une précision supplémentaire relative aux conséquences sur la continuité du contrat dans le cas où le droit à accorder un préavis d'un an serait refusé au constructeur.

609. — **Analyse.** La réponse qui est donnée par la Cour de Justice à cette interrogation est une réponse de raison, la Cour s'étant contentée d'une stricte application des textes. Tout d'abord, elle a posé en préambule la règle selon laquelle « *après l'expiration de ladite période transitoire, l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 1400/2002 était […] inapplicable aux accords qui, bien que conclus conformément au règlement n° 1475/95, avaient pour objet l'une desdites restrictions caractérisées* »

962 Conclusions de l'avocat général Geelhoed, n° 86.
963 Conclusions de l'avocat général Geelhoed, n° 87.
964 CJCE 30 novembre 2006, aff. jointes C-376/05 et C-377/05,A. Brünsteiner GmbH (C-376/05),Autohaus Hilgert GmbH (C-377/05) c/ Bayerische Motorenwerke AG (BMW); Gaz. Pal. 04 et 05 avril 2007, p.21 - Les conditions de recours à la procédure extraordinaire de résiliation avec préavis réduit à un an pour cause de réorganisation d'un réseau de distribution automobile » ; RLDA 2007/02, n°13, 3-93, note R BERTIN – RLDA 2007/01n n° 12.

énumérées notamment par l'article 4 dudit règlement, et qu'ainsi « *il appartenait dès lors à la juridiction nationale d'apprécier, en vertu du droit national applicable, la portée et les conséquences, pour l'ensemble des relations contractuelles, d'une éventuelle interdiction de certaines clauses en vertu de l'article 81 CE (voir, en ce sens, arrêts du 18 décembre 1986, VAG France, 10/86, Rec. p. 4071, points 14 et 15, et du 30 avril 1998, Cabour, C-230/96, Rec. p. I-2055, point 51*) ». La Cour refusa ensuite l'argument des sociétés requérantes consistant à affirmer que le principe de primauté du droit communautaire devait conduire la juridiction de renvoi à considérer que « *le droit national devrait être interprété conformément au droit communautaire, de manière à ce que l'interdiction des clauses contractuelles restrictives de concurrence n'entraîne pas automatiquement la caducité de l'intégralité de l'accord* ».

C. APPLICATION PAR LES JUGES NATIONAUX

610. — Par quatre jurisprudences intervenues entre 2005 et 2008, les juges nationaux ont clairement posé les principes applicables à de telles résiliations reprenant au sein de chacune de ces décisions les solutions avancées par la Cour de Justice.

611. — **Sopavia c/ Daimler Chrysler.** En l'espèce, un concessionnaire était lié à un concédant par un contrat de concession exclusive conclu le 25 septembre 1996 et prenant effet au 1er octobre 1996. Ce contrat prévoyait au sein de son article 15.5 une réduction du préavis de deux à un an en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle de son réseau. En septembre 2002, la société Daimler Chrysler a notifié à la société SOPAVIA la résiliation de son contrat de concession avec effet au 30 septembre 2003, tout en lui proposant de devenir réparateur agrée. Sur assignation de la société SOPAVIA, le Tribunal de commerce de Versailles le 21 janvier 2005 considéra notamment que la requérante avait subi un préjudice du fait de l'octroi d'un préavis insuffisant, il a estimé que même si « *l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002 avait modifié sensiblement la cadre général de la distribution et de la réparation automobile, il n'avait pas imposé au concédant de modifier l'équilibre de son réseau* ». De plus le fait que l'article 5, §2 point b du règlement n° 1400/2002 (relatif à la clause de localisation) n'entrait en vigueur qu'à partir du 1er octobre 2005 empêchait le constructeur de valablement soutenir qu'il avait l'obligation juridique de dénoncer, en septembre 2002, les contrats conclus avec la société SOPAVIA pour se conformer aux nouvelles dispositions communautaires. La société Daimler Chrysler interjeta appel devant la Cour d'appel de Versailles, et cette

dernière, par un arrêt en date du 24 novembre 2005 (965), condamna cependant le raisonnement adopté par le Tribunal de commerce ;

612. — Son analyse peut être formalisée au travers de plusieurs étapes successives :

- Elle analysa tout d'abord la disposition du contrat permettant une réduction du préavis de rupture en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau. Sur ce point, elle considéra que l'office du juge consiste seulement à vérifier la réalité des motifs et d'apprécier de manière objective si le réseau a été réorganisé globalement ou substantiellement, il ne peut être question de porter un jugement de valeur sur la pertinence du choix économique opéré par le concédant.
- Dans ce rôle de contrôle de la véracité des motifs de réorganisation du préavis, il appartenait au juge d'appel de déterminer si l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002 rendait nécessaire la réorganisation du réseau du constructeur. La Cour constata que le règlement n° 1400/2002 entraînait un bouleversement sans précédant des contrats de distribution automobile, et notamment du fait que les constructeurs ne pouvaient plus cumuler distribution sélective et exclusive, et que la société Daimler Chrysler se devait de réorganiser son réseau dès lors qu'elle optait pour un système sélectif.
- La Cour considéra ensuite que l'argument de la SA SOPAVIA consistant à affirmer qu'aucune réorganisation n'était intervenue dans la mesure où la société Daimler Chrysler avait résilié ses relations avec l'ensemble de ses concessionnaires mais dans le même temps avait poursuivi ses relations avec 90 % d'entre eux après leur avoir soumis de nouveaux contrats était inopérant. En effet, même si la plupart des relations contractuelles aient été réitérées, il n'en demeure pas moins que la résiliation de l'ensemble des contrats a eu lieu et que de nouveaux contrats ont été conclus, et ceci dans le but d'organiser le réseau en plusieurs « *plaques régionales* ».

613. — La société Daimler Chrysler était donc bien fondée à faire application de l'article 15-5 du contrat, et pouvait légitimement opposer à son concessionnaire un préavis de rupture d'un an. L'on conclura sur ce point que la démarche juridique adoptée par la Cour d'appel de Versailles

965 CA Versailles, 24 novembre 2005, 12ème Ch. Section 1, RG n° 05/00888, Société Daimler Chrysler c/ SA Sopavia.

correspond à celle évoquée par l'avocat général Geelhoed dans ses conclusions relative à une question préjudicielle posée à la Cour de Justice (966), il préconisait notamment un contrôle juridictionnel visant à « *déterminer si les nouvelles circonstances résultant de la nouvelle exemption par catégorie sont d'une nature telle qu'elles rendent une réorganisation de l'ensemble ou d'une partie substantielle du réseau de distribution absolument nécessaire* » (967).

614. — La position adoptée par la Cour d'appel de Versailles a été confirmée par la Cour de cassation le 26 juin 2007 (968). La Cour a pu constater que « *loin de se borner à faire état de la seule nécessité pour la société DCF d'une réorganisation juridique de son réseau pour être en conformité avec les nouvelles dispositions communautaires, l'arrêt retient que la société DCF avait mis en œuvre depuis l'année 2000 une nouvelle politique commerciale, dont les juges n'ont pas à apprécier la pertinence, tendant à inciter ses concessionnaires à distribuer non seulement la marque Mercedes mais également les marques Smart et Chrysler et qu'elle devait en tirer les conséquences en concentrant davantage son réseau, de sorte que la poursuite de sa nouvelle politique commerciale, combinée avec l'obligation de mettre en œuvre avant le 1er octobre 2003 de nouveaux contrats de distribution sélective quantitative et qualitative tant pour la vente de véhicules neufs que pour le service après-vente, rendait nécessaire la réorganisation du réseau ». Le rôle du Juge devait ainsi être limité à vérifier qu'il existait une réorganisation substantielle du réseau impérative, et ce tant pour des raisons tant juridiques qu'économiques* ».

615. — **Les Garages de Bretagne c/ Daimler Chrysler.** La Cour de cassation a confirmé une telle analyse à propos de la résiliation intervenue entre la société Les Garages de Bretagne et la société Daimler Chrysler (969), le constructeur avait mis en œuvre la faculté de résiliation réduite en arguant de la nécessité de réorganiser son réseau, il s'agissait pour lui de s'organiser autour de plaques commerciales en diminuant le nombre de ses distributeurs, cette réorganisation étant justifié par des motifs d'efficacité économique. La Cour constate que le processus de réorganisation n'a pas été mis en œuvre de manière brutale et arbitraire par le concédant, au contraire la fin des relations contractuelles avaient été au départ engagée par une phase de négociation. Elle estima au surplus que « *le fournisseur a le choix du moment de la résiliation au cours du processus de réorganisation du réseau dès lors qu'il s'agit d'un processus qui se poursuit sans solution de continuité et qui n'est pas achevé* ». La conclusion que l'on retiendra d'un tel

966 W-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05; http://www.curia.eu.
967 Conclusions de l'avocat général Geelhoed, n° 87.
968 Com. 26 juin 2007, n° 06-12077.
969 Com. 06 mars 2007, n° 05-13.991.

arrêt est à tirer des propos du Professeur Vogel, avocat de Daimler Chrysler :

- Le concédant est seul juge de la nécessite de réorganiser son réseau
- Cette réorganisation peut s'étaler dans le temps, et le fournisseur pourra à tout moment décider du moment auquel seront notifiées les résiliations,
- Enfin, le besoin de réorganisation peut être apprécié au regard de l'entrée en vigueur du règlement d'exemption n°1400/2002, entrée en vigueur à laquelle doit cependant s'ajouter d'autres éléments tels que par exemple le motif d'efficacité économique (970

616. — **Ferry automobiles c/ Peugeot.** La Cour réitérera la même analyse lors de l'examen du pourvoi de la société Ferry Automobiles (971) contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 avril 2005 (972). Elle utilisa le même raisonnement ; à savoir rappeler dans un premier temps que « *la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau" présuppose une modification significative, tant sur le plan matériel que géographique, des structures de distribution du fournisseur concerné, qui doit être justifiée d'une manière plausible par des motifs d'efficacité économique fondés sur des circonstances objectives internes ou externes à l'entreprise du fournisseur, lesquelles, compte tenu de l'environnement concurrentiel dans lequel opère ce fournisseur, seraient susceptibles, à défaut d'une réorganisation rapide du réseau de distribution de ce dernier, de porter atteinte à l'efficacité des structures existantes de ce réseau, que les éventuelles conséquences économiques défavorables que serait susceptible de subir un fournisseur dans l'hypothèse où il procéderait à la résiliation de l'accord de distribution avec un préavis de deux ans sont à cet égard pertinentes* », conformément aux dispositions de la CJCE au sein de son arrêt du 07 septembre 2006 (973).

617. — Elle ajouta que même si « l'entrée en vigueur du règlement CE n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 [...] ne rendait pas, par elle-même, nécessaire la réorganisation du réseau de distribution d'un fournisseur au sens de l'article 5, paragraphe 3, 1er alinéa, 1er tiret, du règlement CE n° 1475/95 de la Commission du 28 juin 1995, [...] cette entrée en vigueur a pu, en fonction de l'organisation spécifique du réseau de distribution de chaque fournisseur, rendre nécessaire des changements d'une importance telle qu'ils constituent une véritable réorganisation dudit

970 Propos recueillis sur le site http://www.autoactu.com; dépêche du 12 mars 2007.
971 Com. 06 mars 2007, n° 05-17011.
972 CA Paris, 21 avril 2005, cf. P.de cette étude.
973 CJCE 07 septembre 2006, aff. C- 125/05, W-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05, n° 29.

réseau au sens de cette disposition, qu'il appartient aux juridictions nationales et aux instances arbitrales d'apprécier si tel est le cas en fonction de l'ensemble des éléments concrets du litige dont elles sont saisies ».

618. — Au regard du cas d'espèce considéré, la Cour constata que le constructeur disposait de 33 % de parts de marché et qu'il devait donc opter pour un système de distribution quantitative et mettre fin au système exclusif jusqu'ici mis en place. Cette dernière circonstance justifiait la réorganisation exceptionnelle choisie par le constructeur. En tout état de cause, il n'est pas illicite de prévoir au sein du contrat une clause par laquelle le contrat prendra fin si certaines circonstances se réalisent, que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée, il suffit simplement de prévoir un préavis de rupture raisonnable. La seule sanction qui pourrait être attachée à une telle clause serait alors l'abus de droit.

619. — **Société SA CPLP Centre Poids Lourds du Périgord et SA Fidexpa c/ Société Daimler Chrysler.** Le 06 décembre 2007, la Cour d'appel de Versailles a de nouveau réitéré la même analyse face à la résiliation opérée par la société Daimler Chrysler au préjudice de son concessionnaire implanté sur les secteurs de Brive et d'Aurillac (974). Les éléments mis en exergue par les Juges communautaires et internes sur ce point ont vraisemblablement été repris par les Juges Versaillais, ces derniers ont en effet assortis l'arrêt de davantage de précisions. La Cour constate au préalable que la société Daimler Chrysler a « *ainsi développé une stratégie nouvelle reposant sur l'instauration de plaques DAIMLER CHRYSLER constituées de concessions plus étendues territorialement en incitant les distributeurs à diffuser non plus seulement la maque Mercedes mais également Chrysler Jeep et Smart* » depuis l'année 2000, qu'ensuite la société Daimler Chrysler a opté pour un système de distribution qualitatif de ses services de réparations agréées, et pour un système de distribution à la fois qualitatif et quantitatif pour ses services de vente, ce qui l'obligeait à résilier les contrats de distribution exclusive auparavant conclus. Les Juges ont conclu que « *cette réorganisation impliquait ainsi une modification significative de l'organisation des structures de distribution de la société Daimler Chrysler portant sur leur nature, leur forme, et le nombre des participants ainsi que leur couverture géographique* ». Enfin, la Cour de cassation a de nouveau validé la jurisprudence amorcée par la Cour d'appel de Versailles par un arrêt du 28 janvier 2008 (975) en prenant soin de citer les solutions de principe retenues par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans leur intégralité.

974 CA Versailles 06 décembre 2007, Société SA CPLP Centre Poids Lourds du Périgord et SA Fidexpa c/ Société Daimler Chrysler, n°RG 05/06059.
975 Com. 29 janvier 2008, n° 06-17748. Gaz. Pal., n° du 26/09/08 au 27/09/08, p.17.

PARAGRAPHE 2 : LA RUPTURE POUR MANQUEMENT A UNE OBLIGATION ESSENTIELLE DU CONTRAT

620. — **Principe.** Lorsque dans un contrat synallagmatique, l'un des contractants n'exécute pas ses obligations, l'autre partie est en droit de demander au juge la résolution du contrat avec des dommages et intérêts en réparation du préjudice que lui cause l'inexécution. Le règlement n°1400/2002 ne prévoit pas expressément la rupture du contrat en cas de faute grave de l'un des contractants dans l'exécution du contrat, mais il n'empêche que cette possibilité reste ouverte aux partenaires contractuels (976). Il s'agit d'une question nationale dont nous pouvons mesurer tous les enjeux au regard du droit interne français.

621. — **Vocabulaire.** Nous devons ici faire état en préalable de la nuance qui subsiste en les termes *« résolution »* et *« résiliation »* que la pratique tend aujourd'hui à confondre mais sans qu'il en résulte des conséquences néfastes. Par principe, la résiliation d'un contrat successif signifie *« qu'un contrat est supprimé pour l'avenir »* (977) ; les effets escomptés du contrat par les parties n'auront pas lieu à partir d'un prononcé de cette sanction. En revanche, la résolution est la sanction *« consistant dans l'effacement rétroactif des obligations nées d'un contrat synallagmatique lorsque l'une des parties n'exécute pas ses obligations »* (978). Les deux actions se distingueraient donc essentiellement sur le plan de leurs effets, et obéissent pour le reste au même régime. Mais en réalité, ce raisonnement est complètement artificiel, comment faire disparaître les effets passés d'un contrat qui a duré de nombreuses années ? L'effet rétroactif de la sanction n'est-il pas une fiction ? Il serait peut-être plus juste de situer la différence de ces deux sanctions sur le plan de leur cause, on aurait alors tendance à penser que la résolution d'un contrat aurait une cause grave, un comportement inacceptable réitéré à de nombreuse reprises dans le passé. Alors que la résiliation serait le résultat d'une faute moins grave mais qui compromet la continuation du contrat, ou bien encore l'outil contractuel qui permet d'éviter les contrats perpétuels. Nous noterons que le règlement n°1400/2002 n'emploie que le terme *« résiliation »*, il ne s'embarrasse pas de l'exception du droit français qui au final aboutit aux mêmes résultats ; la fin du lien contractuel. De plus, il est probable que les autres droits des pays membres de l'Union européenne ne connaissent pas une telle nuance. Il s'agit ici encore d'une illustration du pragmatisme juridique de la Commission européenne inspiré de droit de *« common law »*, cela répond au souci d'élaborer un droit efficace et directement applicable.

976 Brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002, réponse à la question n°69, p.64.
977 Lexique des termes juridiques, Dalloz, 12ème édition.
978 Lexique des termes juridiques, Dalloz, 12ème édition.

622. — L e droit de rompre un contrat en raison du manquement d'un de l'un des cocontractants ressort de l'article 1184 du Code civil et selon l'alinéa 3 de cet article cette possibilité de résolution est de la seule compétence des tribunaux (A). Cependant, l'évolution du droit remet en cause ce principe de compétence absolue des tribunaux, un certain pouvoir de résiliation unilatérale est ainsi revendiqué (B).

A- LA RESOLUTION JUDICIAIRE POUR INEXECUTION

623. — Lorsque dans un contrat synallagmatique, l'un des contractants n'exécute pas ses obligations, l'autre partie est en droit de demander au juge la résolution du contrat avec des dommages et intérêts en réparation du préjudice que lui cause l'inexécution. C'est le sens de l'article 1184 du Code civil (1), et selon l'alinéa 3 de cet article cette possibilité de résolution est de la seule compétence des tribunaux. Cependant, l'évolution du droit des contrats remet en cause ce principe de compétence absolue des tribunaux, un certain pouvoir de résiliation unilatérale est revendiqué (2).

1°) Analyse de l'article 1184 du Code civil

624. — **Présentation.** Il n'est pas ici question d'entreprendre une glose approfondie de l'article 1184 du Code civil, mais seulement de présenter ses mécanismes. D'abord, il induit *« un risque de confusion en indiquant à l'alinéa 1er que la condition résolutoire est toujours sous entendue »* (979). Effectivement, cette rédaction pourrait signifier que les clauses résolutoires n'auraient pas à être stipulées alors cependant que la règle est inverse ; les parties doivent inclure dans leur contrat une stipulation expresse quant à cette clause. L'alinéa 2 de l'article évoque le choix entre la résolution judiciaire et l'exécution forcée, mais en réalité l'option n'est pas toujours possible dans la mesure où l'exécution forcée est rarement prononcée. De nombreuses explications peuvent aider à comprendre cet état du droit ; parfois l'option est impossible si le débiteur est dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations par son propre fait ou pour cause de force majeure. Mais le plus souvent l'obstacle majeur reste l'article 1142 du Code civil qui dispose que toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Enfin l'alinéa 3 pose pour principe que la résolution judiciaire doit être demandée en justice (au moyen d'un simple acte introductif d'instance sans

979 Lamy droit du contrat, n°445-3 , collection Lamy Droit civil, septembre 2003.

qu'il soit nécessaire de le faire précéder d'une sommation ou d'un commandement). Ce principe fut rappelé en matière de distribution automobile par l'arrêt de la chambre commerciale du 25 mars 1991 (980) ; la Cour de cassation sanctionne la Cour d'appel qui avait refusé de condamner le résiliant d'un contrat à durée déterminée pour rupture abusive alors qu'il n'avait formé aucune demande en justice. Le juge n'est alors pas tenu de la prononcer, il apprécie si les différents comportements constatés justifient ou non une sanction aussi grave.

625. — **Conditions.** L'inexécution que le juge devra stigmatiser peut être le fait du fournisseur (a) ou de son partenaire contractuel (b), mais il reste libre de prononcer la résiliation aux torts partagés (c). Malgré cette diversité, il n'en demeure pas mois que ces types d'inexécution ont un peu commun : ils se réfèrent au contenu du contrat, l'inexécution n'est pas autre chose que l'avantage attendu de la convention et non reçu (981), sans pour autant être synonymes de faute (982)

a. Inexécution par le fournisseur

626. — **Inexécution de l'obligation d'exclusivité.** Le manquement plus fréquemment rencontré en jurisprudence est la violation de l'obligation d'exclusivité consentie au distributeur, il s'agit alors *« d'une défaillance contractuelle avec les conséquences habituelles à celle-ci, notamment la rupture immédiate du contrat et sa condamnation le cas échéant à des dommages et intérêts »* (983).

627. — **Refus de livraisons.** Outre la violation de son obligation d'exclusivité, le fournisseur peut engager sa responsabilité en refusant sans motifs légitimes d'honorer ses autres engagements, comme par exemple la livraison des commandes de pièces détachées nécessaires à l'entretien des produits contractuels, et en ne manifestant pas l'intention de rechercher une solution aux difficultés du concessionnaires (984).

b. Inexécution par le distributeur

628. — **Inexécution de l'obligation d'exclusivité.** De la même façon que pour le fournisseur, le concessionnaire est le plus souvent tenu responsable d'une violation délibérée de son obligation d'exclusivité. Elle peut consister en une prospection active de la clientèle en dehors de son

980 Cass. Com., 25 mars 1991, Sté Panel France c/ Sté Performax Sytems International ; contrats, conc. , consom. 1991, n°162, note Leveneur.
981 F. Rouvière, Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution, Préface de Ch. Atias, PU d'Aix-Marseille 2005, n°230.
982 La preuve de la faute n'est pas exigée en sus de celle de l'inexécution [...] car elle répond à la question de l'imputabilité, de la cause de l'inexécution et de non de sa qualification » F. Rouvière, Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution, Préface de Ch. Atias, PU d'Aix-Marseille 2005, n°230.
983 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003.
984 Cass. Com, 3 juillet 2001, Magneti Marelli ; JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise, n°3, p.33, obs. D. Mainguy.

territoire d'exclusivité, ou bien encore en l'approvisionnement en produits contractuels auprès d'un tiers.

629. — **Obligation de payer le prix.** Un autre motif courant de résiliation est le respect des modalités de paiement, et notamment lorsque le distributeur ne satisfait pas à son obligation de fournir une caution bancaire (985

c. Résiliation du contrat aux torts partagés

630. — **Exemple.** Dès lors que la confiance entre les deux partenaires est rompue et que les deux parties ont commis chacune des fautes, le juge peut prononcer la rupture du contrat aux torts partagés. En la matière, les exemples jurisprudentielles ne sont pas abondants ; on citera l'arrêt du 18 janvier 1972 dans lequel une telle solution a été prononcée dans la mesure où *« le concédant importateur a commis une faute en n'avisant que verbalement le concessionnaire exclusif de la rupture du contrat qui le liait au producteur étranger, et en offrant directement aux clients de son distributeur des produits équivalents [...] mais le concessionnaire a commis lui aussi une faute en refusant de fournir des pièces de rechange qu'il avait en stock pour effectuer un dépannage urgent »* (986).

2°) La remise en cause du principe de résolution judiciaire

631. — **Notion d'imputabilité.** Malgré ce principe de résolution judiciaire, une jurisprudence récente tend au contraire à consacrer un nouveau pouvoir par la reconnaissance d'un droit de rupture unilatérale du contrat quelque soit la durée du contrat. Il est cependant nécessaire de préciser au préalable une notion émergente en droit des contrats, et qui pourrait contribuer au développement de ce droit de rupture unilatérale du contrat, il s'agit de la notion « *d'imputabilité de la rupture d'une relation contractuelle* ». Un auteur a, sur ce point, mis en exergue les contours et le régime de la notion (987), à partir du constat selon lequel la définition classique de la rupture serait totalement insuffisante (988) ne permettrait pas de déterminer avec objectivité l'auteur de la rupture, et lui faire supporter la responsabilité de la rupture. Il semble au surplus qu'une telle

985 Com. 20 mars 2007, n° 06-11741 : le groupe SOFCO avait fourni la seule caution de sa holding alors que le constructeur avait exigé, lors de la conclusion du contrat, une caution bancaire. La Cour de cassation considère finalement que ce manquement est à l'origine de la dégradation des relations entre les parties, et impute une telle rupture au concessionnaire.
986 Cass. Com., 18 janvier 1972 ; JCP éd. G 1973, II, 17355, note J. H.
987 F. Buy, « L'imputabilité de la rupture d'une relation contractuelle » ; RTD.. 2004, p.111.
988 « L'action en général unilatérale (et souvent brutale) de mettre un terme à [...] un projet qui coupe court à l'établissement de l'état de droit initialement recherché » ; Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, 7ème éd., 2005.

notion soit consacrée par la Cour de cassation (989), d'abord par sa chambre sociale consacrant la formule selon laquelle « *l'initiative de la rupture est distincte de l'imputabilité* » (990) reprise récemment, selon l'auteur, par un arrêt récent en date du 25 juin 2003 (991), et plus pertinemment par les arrêts de la première chambre civile le 13 octobre 1998 et 28 octobre 2003 consacrant le droit à la rupture unilatérale du contrat. Ces arrêts sont à l'origine d'une nouvelle interrogation juridique : peut-on rompre unilatéralement un contrat (992), en éludant le rôle du Juge ? Pour y répondre il convient de retranscrire ici l'attendu de principe qui a réveillée la polémique ; la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé le 28 octobre 2003 (993) que *« la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ».* Comment justifier une telle tendance jurisprudentielle méconnaissant les dispositions de l'article 1184 du Code civil (a) et quelles sont ses conditions d'exercice (b), sont-elles entourées d'assez de garantie pour éviter les ruptures de contrats arbitraires (c) ?

---

989 Le préalable de cette consécration jurisprudentielle est un consécration doctrinale en matière de droit du travail : « ainsi apparaît-il qu'à coté de la notion traditionnelle, un peu formelle d'initiative, une notion nouvelle, plus subtile, celle d'imputabilité, a surgi et pris de nos jours une importance croissante » (X. Blanc- Jouvan, « Initiative et imputabilité ; un éclatement de la notion de licenciement » ; Dr. Soc. 1981, p.207 et s.). D'autres auteurs spécialisés dans la matière ont pu à leur reprendre la notion : G.- H Camerlynck, Le contrat de travail, Dalloz, 2ème éd. 1982, n° 330 ; P.Chaumette, « Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail » ; D. 1986, Chron. p.68 ; G. Couturier, Droit du travail, 1, Les relations individuelles du travail, PUF, 3ème éd. 1996, n° 172.

990 Soc., 24 octobre 1979, n° 78-40545 ; Bull. Civ., V, n°779.

991 Soc. 25 juin 2003, n° 01-42679 : « Attendu que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission » ; Bull.. V, n°209 – J.- Y. Frouin, « Rupture du contrat de travail : prise d'acte par l'employeur ou par le salarié » ; RJS 8-9/03, p.647 – G. Couturier et J.- E Ray, « Autolicenciement : dérives et revirement à propos des arrêts des 25 juin et 08 juillet 2003 » ; Dr. Soc. 2003, p.817 – J. Pélissier, « La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié », D. 2003, Jur. p.2396 – Y. Aubrée, « La prise d'acte de la rupture du contrat de travail », TPS 2003, n° 11, Chron. n° 18 – J. Mouly, « Démission ou licenciement : une alternative très convenable ; Propos critiques sur un revirement : Cass. soc. 25 juin 2003 » ; Dr. Soc. 2004, p.90.

M. Buy nous propose en justification l'analyse suivante : « La formule est riche de sens. Car dire d'une rupture qu'elle « produit les effets » d'un licenciement ou d'une démission, c'est forcément admettre que cette rupture ne peut être qualifiée, ni de licenciement, ni de démission [...] en refusant ainsi de qualifier la rupture, la Cour de cassation signifie clairement que le rôle essentiel au sein de ce processus de rupture ne doit pas être dévolu à l'initiative, mais, [...] à l'imputabilité ».

992 Pour des études d'ensemble: O. Poumb, La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale. Essai d'une théorie générale, th. Paris, 1937 ; N.-M. Saguès, La rupture unilatérale des contrats, th. Paris, 1937 ; B. Houin, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, th. Paris II, 1973.

993 Cass. Com. 28 octobre 2003, n°01-03.662, Bull.. I, n°221, p.116 - Contrats, conc, consom. Janvier 2004, comm. n°4, obs. L. Leveneur – RLDC 2004/2, n° 40, note E. Garaud – RTD. 2004, p.89, obs. J. Mestre et B. Fages – RDC 2004, p.273, obs. L. Aynès - RDC 2004, p.277, obs. D. Mazeaud.

a. Le fondement de ce nouveau pouvoir de rupture unilatérale du contrat

632. — **Le vice de construction de l'article 1184 du Code civil**. L'alinéa 1er de l'article 1184 du code civil se réfère à la lex commissoria, c'est-à-dire à la condition résolutoire sous entendue, elle conduit à une rupture automatique par le seul fait de la défaillance alors qu'au contraire l'alinéa trois détruit cette automaticité pour confier la résolution judiciaire au juge. Pourquoi une un tel paradoxe ? Le professeur Aynès voit dans cet article 1184 qui est de *« bric et de broc »* (994) le résultat de plusieurs traditions juridiques juxtaposées. En effet le Code civil reste un compromis entre « *la tradition romaniste de la vente et la tradition canoniste pétrie d'humanité, laquelle conduit à permettre l'octroi de délais au débiteur défaillant* » (995).

633. — **La nouvelle interprétation de l'article 1184 du Code civil.** Un auteur a montré que l'alinéa 3 de l'article 1184 était seulement destiné *« à permettre au débiteur d'obtenir des délais supplémentaires qui lui refuserait le créancier »* (996). Dès lors le recours au juge ne se *« justifierait que lorsque des délais sont en cause [...] mais si des délais sont impossibles ou inutiles- ce qui est précisément le cas en cas de comportement grave- il est injuste d'imposer au créancier de se soumettre au pouvoir d'appréciation du juge »* (997). L'office du juge en la matière ne serait plus que l'octroi de délais, et la résolution elle-même incomberait aux parties.

634. — **Violation efficace du contrat.** Le professeur Laurent Aynès a remarquablement justifié ce nouveau pouvoir contractuel (998), sachant de surcroît que ce droit est reconnu dans de nombreux droit issus du jus commune ou de la *common law.* Les droits adoptant les principes de la common law permettent *« notamment au créancier lorsqu'il sait que l'exécution n'aura pas lieu, ou qu'il craint de se trouver face à une telle carence, d'exercer des droits relevant normalement de l'inexécution »* (999). Et de manière encore plus originale par rapport à notre droit, le créancier prévoyant pourra invoquer une sorte d'exception d'inexécution *« en prévision d'un manquement risquant de se produire dans l'avenir, mais s'engageant à redonner vigueur au contrat des que des garanties suffisantes de bonne*

994 Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?, par P.Delebecque, L. Aynès et P.Stoffel-Munck ; Droit et patrimoine, mai 2004, n°126, dossier p.55 et s.
995 Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?, par P.Delebecque, L. Aynès et P.Stoffel-Munck ; Droit et patrimoine, mai 2004, n°126, dossier p.55 et s.
996 S. Stijns, La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre, in Les remèdes à l'inexécution des contrats, Etudes de droit comparé, Bruyant/ LGDJ, 2001, p.513 et s.
997 Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?, par P.Delebecque, L. Aynès et P.Stoffel-Munck ; Droit et patrimoine, mai 2004, n°126, dossier p.55 et s.
998 Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?, par P.Delebecque, L. Aynès et P.Stoffel-Munck ; Droit et patrimoine, mai 2004, n°126, dossier p.55 et s.
999 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003.

exécution lui auront été fournies » (1000). Il s'agit ici d'une expression de la théorie de la violation efficace des contrats, explicitée notamment M. B. Rudden et Ph. Juilhard dans un article remarqué (1001), théorie qui a pour objet « *de mettre en évidence l'intérêt pour une partie de rompre le contrat initial, d'une part lorsqu'il ne remplit plus son objectif de création de richesse, et d'autre part dans l'hypothèse d'une offre ultérieure plus intéressante, lorsque le bénéfice qu'elle obtient au titre du nouveau contrat est supérieur aux pertes de la victime dans le contrat originel* » (1002).

635. — **Introduction en droit interne.** Notre droit interne ne serait d'ailleurs pas totalement étranger à cette influence si l'on considère que l'article 1142 du Code civil y fait référence, l'on ne peut y voir cependant qu'une simple influence dans la mesure où l'exécution en nature semble être encore le principe et par le choix offert au créancier par l'article 1184 du Code civil. Un autre obstacle à une intégration complète est l'évaluation des dommages et intérêts en droit interne, en effet, en droit anglo-saxon, le créancier des dommages et intérêts doit tout mettre en œuvre pour limiter son préjudice (« mitigation »), alors qu'en droit français leur prise en compte intervient au stade du jugement, celui qui décide de rompre le contrat ne peut donc efficacement prévoir le coût de sa violation. A l'inverse, l'article 1150 du Code civil serait un premier pas dans le processus d'introduction en droit interne de la logique issue de la théorie de la violation efficace puisque par définition cette théorie ne permettrait qu'une indemnisation des dommages prévisibles. L'interprétation de la Cour de cassation sur ce point est toutefois limitative puisqu'elle assimile l'inexécution volontaire à une inexécution dolosive faisant échec à l'application de l'article 1150 du Code civil.

636. — **Réforme du droit des contrats et inexécution.** Le projet de réforme du droit des contrats (1003) a opéré en la matière une timide

1000 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003.
1001 B. Rudden et Ph. Juilhard, « La théorie de la violation efficace » ; RIDC. 4/1986, p.1015 et s.
1002 B. Rudden et Ph. Juilhard, « La théorie de la violation efficace » ; RIDC. 4/1986, p.1017. Les auteurs citent les nombreuses études consacrées à cette théorie en droit anglo-saxon en page 1017 de leur article.
1003 D. MAZEAUD, Réforme du droit des contrats : haro en Hérault, sur le projet !; D.2008, p.2675 – R. CABRILLAC, Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions : JCP G 2008, I, 190 – Ph. MALAURIE, Petite note sur le projet de réforme de droit des contrats ; JCP G 2008, I, 204 – M. FABRE-MAGNAN (Entretien), Réforme du droit des contrats : « un très bon projet » ; JCP G 2008, I, 199 – C. LARROUMET, De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat : D.2008, p.2441 – O. TOURNAFOND, Pourquoi faut-il conserver la théorie de la cause en droit civil français ; D. 2008, p.2607 – A. GHOZI et Y.LEQUETTE, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie ; D. 2008, p.2609 – P.MALINVAUD, Le contenu « certain » du contrat dans l'avant projet « chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes ; D.2008, p.2551 – Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres. Présentation des dispositions du projet de réforme des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat ; RDC 2009-1 – F. TERRE (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, DALLOZ

avancée en consacrant, à minima, la théorie de l'imprévision. Il s'agit, lorsqu'un déséquilibre survient en cours d'exécution à la suite d'un changement de circonstances, indépendant de la volonté des parties rendant très difficile l'exécution de son obligation par l'une des parties, de lui permettre de remettre en cause son contrat. Dans l'hypothèse où les parties seraient en désaccord sur ce point, le texte prévoit l'arbitrage du Juge, arbitrage pouvant mener à la résiliation du contrat. De manière plus concrète, il convient dès de s'interroger sur ce mode unilatéral de rupture qui tend à s'imposer devant les tribunaux, sachant que la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises, les Principes Uni droit, et plus largement les systèmes de common law comportent de telles mesures.

b. Les conditions d'exercice du droit de rompre unilatéralement un contrat

637. — **Gravité du comportement.** Selon la Cour dans l'arrêt du 28 octobre 2003 ce qui justifie le droit de rupture unilatérale d'une partie est la gravité du comportement de son partenaire, il ne s'agit pas seulement d'une inexécution mais plus largement d'un comportement, de l'adoption permanente par une partie d'une ligne de conduite nuisible. Cela revient à admettre que *« chacune des parties est en droit d'attendre de l'autre, plus encore qu'une prestation, une attitude conforme à la finalité du contrat »* (1004). Ce qui est certain, c'est que la notion de « *gravité du comportement* » a une signification bien précise, et se différencie de celle de la résolution judiciaire, *« un degré supplémentaire doit être atteint sans quoi la règle posée à l'article 1184 alinéa 3 serait vidée de toute substance »* (1005).

638. — **Modalités.** Cependant malgré l'affirmation de ce droit, il n'est pas question d'en faire un usage abusif, arbitraire, il faut donc respecter une procédure particulière composée de trois étapes (1006) :

- d'abord il est nécessaire de notifier la rupture à l'autre partie, avant toute mise en demeure,
- ensuite, la deuxième étape consiste à laisser un délai au partenaire afin qu'il organise les conséquences de la rupture,
- enfin celui qui est à l'initiative de la rupture doit motiver sa décision (1007).

2008 – D. MAINGUY, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats ; D. 2009, p.308.

1004 Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?, par P.Delebecque, L. Aynès et P.Stoffel-Munck ; Droit et patrimoine, mai 2004, n°126, dossier p.55 et s.

1005 Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?, par P.Delebecque, L. Aynès et P.Stoffel-Munck ; Droit et patrimoine, mai 2004, n°126, dossier p.55 et s.

1006 Le professeur Aynès parvient à synthétiser ces trois étapes à partir de l'expérience des droits étrangers ainsi que des exigences des Principes du droit européen des contrats.

1007 La motivation, L. Aynès, Rev. Contrats, 2004, n°2.

c. Une rupture aux risques et périls de l'une des parties

639. — **Définition.** Dans le langage courant, cela signifie que l'opération est aléatoire, mais en matière de contractuelle il s'agit davantage de prévenir l'auteur de la rupture qu'un jugement ou une sentence arbitrale pourrait remettre en cause la légitimité de sa décision. La question serait alors de savoir quelles sanctions pourraient ordonner le Juge saisi dans l'hypothèse où la résolution unilatérale lui parait irrégulière. Pourrait-il ainsi ordonner la poursuite du contrat ?

640. — **Opportunité d'une action en référé.** Si, en référé, la poursuite du contrat ne paraît pas illégitime et a déjà fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle, sous réserve de limiter dans la durée une telle poursuite (1008), cela reste discuté en doctrine. Certains y voient un renforcement du phénomène de judiciarisation des contrats alors que la seule mise en œuvre de la responsabilité civile par l'octroi de dommages et intérêts pourrait consister en une sanction suffisante (1009), et d'autres estiment qu'imposer la poursuite du contrat peut être admis aux motifs notamment « *qu'une telle mesure de réparation, ou de sanction de l'abus de l'auteur de la rupture, n'aurait rien d'exceptionnelle [...] Ainsi, l'abus dans l'exercice d'une faculté conventionnelle de dédit [...] de même que la déloyauté dans la mise en œuvre d'une clause résolutoire expresse, se soldent bien par le maintien judiciaire des effets du contrat unilatéralement anéanti* » (1010). En parallèle à cette faculté de résolution judiciaire du contrat, il n'est pas exclu que la résolution puisse être conventionnelle, voire même anticipée (1011).

B- L'EFFICACITE DE LA CLAUSE RESOLUTOIRE

641. — La clause résolutoire est aujourd'hui admise par les juges (1), mais reste soumise à des conditions de mise en œuvre précises (2).

1008 Com., 21 mars 1984, Bull. civ., IV, n° 115 - RTD com., 1985, p.91, obs. A. BENABENT et J.-C. DUBARRY - Com., 26 février 1991, Bull. civ. IV, n° 87 - JCP 1992, éd. G, II, 21914, note L. LEVY. Récemment ; Civ. 1ère, 7 novembre 2000 ; Bull. civ. I, n°286 – D. 2001, Somm. 1137, obs. D. MAZEAUD – D. 2001, Somm. 256, obs. CH. JAMIN. Pour des précédents en matière de distribution automobile : CA Orléans, 15 juillet 2004, SAS Toyota France c/ SARL Autodiffusion 45, RG n° 04/0163 ; Revue des contrats, 1er avril 2005, n° 2, p.385, obs. M. Behar – Touchais – Europe 2005, Comm. n° 216, obs. L. Idot. Cet arrêt avait fait l'objet d'un pourvoi de la part de la société Toyota France, mais dont elle s'est postérieurement désistée (Com. 31 octobre 2006, n° 04-19.119) - CA Versailles, (14ème Ch. civile), 15 décembre 2004, N° Juris- Data : 2004-271642. Cet arrêt fait suite à une ordonnance de référé du 22 septembre 2004 du Président du Tribunal de commerce de Versailles - CA Versailles, 15 décembre 2004, BICC 1er juin 2005, n° 1097 ; JCP E 2005, n° 14, p.600, arrêt qui a été par la suite cassé par Com. 28 novembre 2006, n° 04-20734 ; D. 2007, AJ, p.13, obs. E. Chevrier.

1009 Civ. 1ère, 7 novembre 2000 ; Bull. civ. I, n°286 – D. 2001, Somm. 1137, obs. D. MAZEAUD – D. 2001, Somm. 256, obs. CH. JAMIN.

1010 D. 2001, Somm. 1137, obs. D. MAZEAUD

1011 « La résolution du contrat pour inexécution », C. Aubert de Vincelles, in Pour une réforme du droit des contrats, p.269, n°8.

1°) La validité de principe de la clause résolutoire

642. — **Objectifs.** Les contrats de distribution et de réparation de véhicules automobiles comportent souvent une clause résolutoire prévoyant la rupture du contrat pour tout manquement de l'une des parties à ses obligations. La Cour de cassation a reconnu cette clause comme valable (1012) dès lors qu'elle était expressément stipulée (1013). L'exigence d'une stipulation expresse concerne aussi les obligations dont la clause sanctionne l'inexécution. En complément de cet objectif d'aménagement de la rupture du lien contractuel, la clause résolutoire peut *« avoir pour objectif secondaire de renforcer le caractère intuitu personae du contrat »* (1014). Il s'agit notamment de permettre au fournisseur de contrôler le changement de la personne du distributeur ; la jurisprudence ne propose pas de solutions définitives quant à la validité de cet objectif de la clause. Dans un premier temps elle a considéré que cet objectif était légitime (1015), mais pour ultérieurement la priver d'effet en considérant que ces conditions de mise en œuvre n'étaient pas remplies (1016).

643. — **Clause résolutoire et REC n°140/2002.** Avec l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, il est probable que cet objectif dérivé de la clause résolutoire pourra être considéré comme illégitime dans la mesure où le règlement prévoit la libre cession du contrat à l'intérieur du réseau (article 3-3 du règlement). En revanche, si le constructeur prévoit que la clause résolutoire pourra être mise en œuvre en cas de changement de partenaire contractuel choisi en dehors du réseau, il est possible que la clause soit valable dès lors qu'elle ne va pas à l'encontre de l'article 3-3.

2°) La mise en œuvre de la clause

644. — **La mise en œuvre de bonne foi.** La mauvaise foi du résiliant est un obstacle au jeu de la clause résolutoire, elle consiste d'abord *« en un comportement du bénéficiaire de la clause incompatible avec le fait de se prévaloir de l'inexécution »* (1017). La jurisprudence fournit de nombreux exemples, nous en citerons un seul relatif à la distribution automobile ; la

1012 Cass.. 2 juillet 1860, D. 1860, 1, P.284 : « il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit : une pareille convention n'a rien d'illicite ; elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ».
1013 Cass. 1ère, 17 mai 1954, RTD. 1954, p.666, obs. J. Carbonnier.
1014 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003.
1015 CA Paris, 4 juillet 1985 ; Juris Data n°1985-024058.
1016 Cass. 1ère., 27 mai 1997, ULC ; RJDA 1997, n°1163.
1017 Lamy droit du contrat, n°460-19, sous la direction de B. Fages, collection Lamy Droit civil, septembre 2003.

chambre commerciale de la Cour de cassation (1018) a reconnu « *la mauvaise foi du concédant, faisant écher au jeu de la clause, qui par ses exigences et ses fautes, met le concessionnaire dans une situation financière conduisant au retard de paiement* ». L'obligation de bonne foi fonde aussi la procédure à respecter ; à savoir l'exigence d'une mise en demeure préalable.

645. — **Le recours à un tiers expert ou à un arbitre.** Le règlement n°1400/2002 ne traite pas directement de la validité de la clause résolutoire, la brochure explicative affirme seulement que *« la question de savoir si une partie à un accord a le droit de résilier sans préavis, si l'autre partie ne respecte pas ses obligations contractuelles, relève du droit national »* (1019) et en cas de désaccord les parties doivent se tourner vers un tiers expert ou vers un arbitre (1020). Cette disposition du règlement semble donc *« condamner, au moins indirectement, les clauses résolutoires de plein droit »* (1021), puisque les conditions de validité du droit interne (stipulation expresse, mise en œuvre de bonne foi) ne suffisent pas.

SOUS SECTION 2 : LES MODALITES DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

646. — **Fondement.** Imposer aux contractants le respect d'une obligation de motivation du contrat et d'un préavis suppose qu'au préalable ces obligations puisssent être rattachées à un fondement juridique efficace. De nombreux auteurs envisageaient de fonder ces obligations sur l'abus de droit et par le recours à l'obligation de bonne foi, cette tendance est ainsi le fruit d'une certaine évolution jurisprudentielle durant les années quatre-vingt dix. On citera notamment l'arrêt du 5 avril 1994 où il a été jugé qu'une concédant avait manqué à son obligation de loyauté en rompant le contrat peu de temps après son renouvellement alors qu'il avait de longue date l'intention de rompre et après avoir laissé le concessionnaire s'engager dans d'importants investissements à sa demande (1022).

647. — **Finalité.** Mais malgré ces précédents jurisprudentiels en droit interne fondés uniquement sur le droit des contrats, le droit communautaire a permis de dégager la finalité d'une telle technique contractuelle de protection du distributeur en cas de rupture, il s'agit entre autres d'améliorer la concurrence. En effet, c'est la recherche d'égalité des chances entre distributeurs qui oblige à prendre en compte ces revendications. Une situation de concurrence saine ne pourra être obtenue

1018 Cass., com. 17 octobre 2000, n°97-15,089, Lamyline.
1019 Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°69, p.64.
1020 Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°69, p.64.
1021 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003.
1022 Com, 5 avril 1994, Bull. com ; n°149.

que si tous les distributeurs placés dans les mêmes situations économiques sont assurés de la même sécurité juridique quant à la pérennité de leur contrat. Cette solution fut explicitée notamment dans l'arrêt Métro II en date du 22 octobre 1986 (1023), la Cour de justice des communautés européennes a affirmé à cette occasion qu'une *« égalité de traitement non discriminatoire de tous les commerçants remplissant les conditions requises […] ne laisse normalement aucune place à une résiliation normale non motivée du contrat ».* Même s'il s'agissait de contrats de distribution sélective, cet exemple jurisprudentiel permet de comprendre le souci des autorités judiciaires et de tous les distributeurs de prendre en compte le nécessaire encadrement légal de la rupture des contrats de distribution.

648. — **Justifications.** Le professeur Le Tourneau (1024) a synthétisé clairement les éléments qui justifieraient la nécessaire protection des distributeurs :

- d'abord du fait de la concentration dans le secteur de la distribution automobile, les possibilités de partenariat avec un autre constructeur se sont raréfiées,
- ensuite, la menace utilisée par les constructeurs de non renouvellent du contrat ne pouvait perdurer en l'état au risque d'accentuer encore la domination de ces derniers,
- et enfin, les concessionnaires ont le plus souvent réalisé de lourds investissements selon des normes édictées par le constructeur, cette spécialisation poussée empêche ensuite les distributeurs d'amortir ces investissements avec d'autres partenaires.

649. — **Pratique.** Outre l'exécution d'un éventuel formalisme prescrit par le contrat, le respect d'une obligation de motivation de la rupture (Paragraphe 1) et la mise en place d'une période de préavis (Paragraphe 2) sont deux nouvelles exigences opérant une véritable évolution dans les modalités de rupture du contrat de distribution automobile tel qu'envisagé par le règlement n°1400/2002. Les solutions apportées à ce titre par le règlement devront être analysées et comparées aux solutions appliquées en droit interne, il s'agira ainsi de préjuger d'éventuelles modifications (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1: L'OBLIGATION DE MOTIVATION DE LA RESILIATION

1023 CJCE 22 octobre 1986 Métro II c/ Commission ; Rec. p.3021, att. n°41 – Décembre Comm., CE, 18 avril 1984, IBM ; JOCE n° L 118, 4 mai 1984 – Décembre Comm. CE, 10 juillet 1985, Grundig ; JOCE n° L 233, 30 août 1985.
1024 Cf l'ouvrage Le Tourneau, Les contrats de concession, Litec, éd. 2003.

650. — **Condition de l'exemption.** Le règlement n°1400/2002 a pris en compte ces contraintes puisque pour bénéficier de l'exemption le fournisseur, souhaitant résilier un accord de distribution à durée indéterminée, doit fournir par écrit aux termes de l'article 3 §4 les raisons objectives, détaillées et transparentes qui motivent son choix. Rappelons que cette obligation concerne tout autant le distributeur d'automobiles neuves que le réparateur agréée lié par un contrat avec le fournisseur.

651. — **Vocabulaire.** Nous ferons état ici de manière brève de la confusion qui a pu régner un temps à propos de la traduction en langue française de cette disposition ; l'article 3 § 4 du règlement impose *« de spécifier par écrit les raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation »*. Or selon M T. Benteyn et P. Carli (1025), il n'y aurait pas deux mais plutôt trois conditions cumulatives à respecter lors de l'exécution de cette obligation de motivation. En effet pour ces auteurs la version anglaise, notamment, prescrirait que l'écrit justifiant la résiliation soit objectif, transparent, mais aussi *« détaillé »*, la formule est la suivante *« must include detailed, objective and tranparent reasons for the termination »*. Cependant, dès lors que la version française emploie le verbe *« spécifier »* cela recouvrerait l'absence de l'adjectif *« détaillé »*.

652. — **Règles d'interprétation. L**a Cour de justice s'est opposé à la méthode d'interprétation des textes consistant à faire « *jouer* » les termes sous de faux motifs (1026). Plus précisément, elle a développé quatre principes en la matière :

- En premier lieu, les textes applicables ne doivent pas être considérés en soi mais, en cas de doute, ils doivent être interprétés et appliqués à la lumière d'autres versions linguistiques authentiques (1027)
- en cas de divergence réciproque entre différentes versions linguistiques, les dispositions en cause doivent être interprétées à la lumière de la finalité et de l'économie générale de la réglementation dont elles font partie (1028)
- le principe de sécurité juridique exige que le libellé d'une version déterminée du texte soit interprété selon le sens propre et usuel et que les questions qui se posent soient

1025 T. Benteyn et P.Carli, « Variations linguistiques sur un règlement communautaire »JCP 2003, éd. E ; n°28-29, p.1182.
1026 CJCE 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, Rec. p I-419 ; « l'application uniforme des normes communautaires exigent qu'elles soient interprétées en fonction tant de la volonté réelle de leur auteur que du but poursuivi par ce dernier, à la lumière notamment des versions établies dans toutes les langues ».
1027 CJCE 5 décembre 1967, Sociale Verzekeringsbank (19/65, Rec. p.432), CJCE 9 août 1994, France/Commission (C-327/91, Rec. p.3641, point 35.
1028 CJCE 24 octobre 1996, Kraaijeveld (C-72/95, Rec. p.I-5403, points 28 à 31), CJCE 5 décembre 1996, Merck et Beecham (C-276/95 à C-278/95, Rec. p.I-6185, points 21 à 24).

résolues dans la mesure du possible sans donner de préférence à l'une des versions linguistiques (1029)

- les versions linguistiques authentiques ont la même valeur, indépendamment de l'importance de la population de la Communauté qui pratique la langue en cause (1030).

653. — Malgré l'innovation importante apportée par le règlement n°1400/2002 (A), cette obligation n'est pas exempte de critiques (B).

A- PRESENTATION DE CETTE NOUVELLE OBLIGATION

654. — Nous connaissons l'importance d'une telle motivation pour les distributeurs automobiles (1), il est donc regrettable que la Commission n'ait pas étendu la portée d'une telle obligation de motivation (2).

1°) Une obligation nécessaire à l'activité de distribution

655. — **Sécurité juridique et économique.** La Commission a introduit cette nouvelle disposition afin de protéger les concessionnaires qui auraient voulu profiter des nouveaux aménagements pro concurrentielles permis par le règlement. Prenons l'exemple le plus fréquent qui aurait pu se produire en pratique ; un concessionnaire voulant profiter de l'opportunité du multimarquisme informe son fournisseur qu'il souhaite distribuer d'autres marques, mais sans perdre celle qu'il représentait avec succès. Il y aurait fort à parier qu'en guise de chantage le fournisseur décide brusquement de rompre le contrat à durée indéterminée, pour *« faire revenir à la raison le distributeur zélé ».* La Commission se devait de protéger de la sorte le distributeur dès lors qu'elle l'incitait *« à prendre plus de risque »* face au concédant. Par l'introduction de cette nouvelle obligation, la Commission entend donc « libérer » le distributeur, ce dernier *« aura plus de latitude pour effectuer des opérations qu'il s'interdisait auparavant »* (1031).

656. — **Motifs non discriminatoires.** Une telle revendication de protection fut légitimée dès le projet de règlement de la Commission et par le Conseil économique et social européen dans son avis du 29 mai 2002. Ce dernier reconnaissait qu'il s'agissait là pour le distributeur *« d'une protection minimale »,* et il recommandait, en plus des adjectifs retenus par le règlement, que ces raisons ne soient pas *« discriminatoires ».* Il est peut être dommage que la Commission n'ait pas retenu cet adjectif *« non discriminatoire »* ; si l'on s'attarde quelque peu sur la notion de

1029 CJCE 3 mars 1977, Kerry Milk (80/76, Rec. p.I-425, point 11).
1030 CJCE 2 avril 1998, EMU (C-296/95, Rec. p.I- 1605, point 36.)
1031 La rupture du contrat du distributeur dans le nouveau règlement d'exemption automobile, par B. Mathieu ; Les petites affiches, 27 novembre 2002, p.27.

discrimination commerciale on peut valablement affirmer qu'elle aurait précisé le contenu de l'obligation de motivation. Pour qu'il y ait discrimination, il faut effectuer une comparaison ; la discrimination commerciale est une différence de traitement injustifiée entre deux partenaires placés dans la même situation (1032). En matière de distribution automobile, on peut gager qu'il y aurait une raison discriminatoire à la rupture si un concédant déciderait de rompre un contrat à durée indéterminée avec un distributeur ayant décidé de commercialiser plusieurs marques, et au contraire de pérenniser ses relations avec un autre distributeur réalisant les mêmes résultats commerciaux, les mêmes conditions…mais préférant commercialiser qu'une seule marque. Au contraire le professeur Vogel ne considère pas cette obligation comme indispensable puisque dans le cas du distributeur ou réparateur représentant plusieurs marques *« la perte de la représentation d'une marque ne sera guère susceptible de remettre en cause l'existence de l'opérateur »* (1033).

2°) Une mise en œuvre limitée au contrat à durée indéterminée

657. — **Champ d'application limité.** Précisons à ce stade qu'il ne s'agit que des cas de résiliation de contrats à durée indéterminée, ceci est précisé par la Commission dans sa brochure explicative en réponse à la question n°71. Elle indique ainsi que « « *le règlement n'impose pas au fournisseur de donner les raisons pour lesquelles il ne souhaite pas reconduire à un contrat à durée déterminée* ».

658. — **Justifications d'une extension.** Certains auteurs ne sont pas satisfaits d'une telle réponse, en effet il pourrait apparaître tout autant légitime qu'une telle obligation de loyauté et de transparence s'impose lors du non renouvellement des contrats à durée déterminée. Ils justifient une telle extension de par la position occupé par l'article 3 §4 du règlement, *« il précède et chapeaute l'article 3 §5 consacré aux règles de durée des accords, sans que rien n'autorise à limiter la portée de l'obligation de motivation qu'il instaure à la seule hypothèse de la résiliation d'un contrat à durée*

1032 Cf l'ouvrage de M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence, Armand Colin, 2ème éd., 2003. L'auteur éclaircie la notion de discrimination commerciale à propos de l'article L 442-6-I, 1°.

1033 Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie », Point de vue des constructeurs, faux débats et vraies questions à propos du nouveau règlement sur la distribution automobile par L. Vogel ; JCP éd. E, 2002 , CDE n°5, p.15.

indéterminée » (1034). Plus que la place de la disposition au sein de règlement, l'auteur précédemment cité fournit une seconde justification à priori plus convaincante (1035). Selon lui, puisque la finalité de l'obligation de motivation est de protéger les distributeurs dont le comportement favorise la concurrence, les distributeurs titulaires de contrats à durée déterminée ont autant droit à une telle protection dans la mesure où ils courent le même risque que ceux liés de façon indéterminée (1036). De plus il faut savoir que dans la pratique le distributeur qui aurait conclut un contrat à durée déterminée a réalisé autant d'investissement que celui qui est lié pour une duré indéterminée, les contraintes sont dans les deux cas identiques en terme de risque financier. Ceci d'autant plus que ne pas reconnaître une telle possibilité pour les contrats à durée déterminée ne ferait qu'entraîner des distorsions de concurrence pourtant combattues par la Commission. Il pourrait y avoir distorsion de concurrence au sein de la marque entre les distributeurs liés à terme et les autres, et plus largement entre les différentes marques qui auraient opté pour des durées différentes (1037).

B- CRITIQUE DE CETTE OBLIGATION DE MOTIVATION

659. — Cette obligation reçut un accueil défavorable d'une partie de la doctrine qui lui reprochait son imprécision (1) et sa tendance à un protectionnisme contractuel inopportun (2).

1°) Une obligation aux contours indéfinis

660. — **Non définition des motifs.** Quels seront les motifs considérés comme valables ? La Commission a réglé partiellement cette question dans sa brochure explicative ; elle n'a pas donné d'exemples de motifs illégitimes mais a seulement affirmé qu'il s'agissait d'une question de

1034 C. Bourgeon « Le règlement (CE) n° 1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ? » Gaz. Pal. Dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, P.31.
1035 Le raisonnement qui consisterait à interpréter une disposition juridique au regard de la place « physique » qu'elle occupe au sein d'un texte de loi peut apparaître artificiel, même si cela est souvent pratiqué, mais en réalité ceux qui se livrent à de telles méthodes ne font que replacer un texte dans son contexte. Et finalement se demandent pourquoi une telle place finalement au regard du reste de la loi ? Ceci n'est ni plus ni moins que faire une interprétation téléologique de la disposition.
1036 C. Bourgeon « Le règlement (CE) n° 1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ? » Gaz. Pal. Dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, P.31.
1037 C. Bourgeon « Le règlement (CE) n° 1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ? » Gaz. Pal. Dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, P.

droit national ou relevant de la compétence du Tribunal arbitral (1038). Nous lisons seulement dans le neuvième considérant quelques exemples non exhaustifs qui conduiraient à une sanction de la part du juge ; il s'agit de la rupture du contrat d'un distributeur procédant à des ventes actives ou passives à des clients étrangers, d'un distributeur pratiquant le multimarquisme, ou bien encore celui qui déciderait de ne plus assurer de service après-vente.

661. — **Absence de sanctions préalablement définies.** La Commission n'a pas décidé de la sanction face à la méconnaissance d'une telle obligation ; elle se contente de dire qu'en cas de motif non valable *« il incombe à l'arbitre ou au juge national de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier à la situation »* (1039). Ceux-ci pourront s'aider dans leur tâche d'appréciation de l'accord de concession, des obligations imposées par le droit national des contrats (1040) et du texte du règlement. Cette absence d'indications quant à la force contraignante d'une telle obligation ne permet pas de savoir quelles en seront les conséquences lors d'un contentieux ; un auteur a pu ainsi voir que deux effets se produisaient au non respect d'une telle obligation (1041). Dans l'hypothèse où il ne s'agit qu'une obligation formelle, son non respect ne sera sanctionné que par une inversion de la charge de la preuve (le fournisseur devra alors prouver que les motifs de résiliation du contrat étaient légitimes). Ensuite si cette obligation s'avérait être respectée par le fournisseur le contrôle de la Cour de cassation serait limité puisque *« l'on se trouverait sur le terrain des preuves »* (1042). Enfin quelle réparation le juge pourrait-il allouer à la partie victime ? Devra-t-il seulement accorder des dommages et intérêts en réparation ou obliger, disons le de manière provocatrice, à la continuation du contrat illégalement rompu en prononçant l'exécution forcée ?

2°) Une obligation protectionniste

662. — Les critiques dirigées contre cette nouvelle obliga tion introduite par le règlement sont directement tirées d'une comparaison opérée avec le règlement n°27090/1999 (a) et d'une application stricte de l'esprit gouvernant le droit de la concurrence (b).

1038 Question n°70 de la Brochure explicative du REC 1400/2002.
1039 Question n°70 de la Brochure explicative du REC 1400/2002
1040 On pense ici à l'article L 442-6, I, 5° du Code de commerce qui interdit la rupture brutale d'une relation commerciale établie sans préavis écrit ou suffisant, ainsi les juges pourront décider qu'une rupture qui interviendrait dans un contexte brutal ou inopiné serait condamnable au regard de l'absence de motivation imposée par le droit communautaire.
1041 La réforme de l'exemption des « accords automobiles » au regard du droit des contrats, C. Champalaune ; JCP éd. E 2003, CDE n°5, p.5.
1042 Cf l'article ci-dessus.

a. Règlement 1400/2002 et Règlement 2790/1999

663. — **Légitimité.** Pour certains, cette obligation n'a pas lieu d'être au sein d'un règlement d'exemption par catégorie ; il n'est question lors de l'élaboration de ce type de règlement que de « *promotion de la concurrence, ce qui s'oppose en principe à la protection des concurrents* » (*1043*). Ainsi selon cet auteur la Commission entend par de telles mesures de protectionnisme contractuel emporter par tous les moyens l'adhésion des distributeurs en « *faisant cohabiter libéralisme et corporatisme* » (*1044*). L'auteur livre un autre argument qui selon lui justifierait la totale illégitimité de cette mesure imposant aux concédants de motiver la rupture des contrats à durée indéterminée ; le règlement restrictions verticales n°2790/1999 ne reprend pas de telles solutions lors de la fin du contrat. Nous doutons de la pertinence d'un tel argument dans la mesure où le règlement restrictions verticales n°2790/1999 a vocation à régir le droit commun des accords verticaux pour lesquels il n'existerait pas de règlement spécial. Cela ne signifie pas que l'on ne puisse pas y faire référence, mais il apparaît plus correct de rechercher des indices d'interprétations de certaines dispositions obscures du règlement n°1400/2002 plutôt que d'affirmer que le règlement n°2790/1999 est le modèle du règlement automobile qui lui serait soumis.

664. — **Opportunité de comparaison.** En tout état de cause, la Commission a maintes fois affirmé que le règlement n°1400/2002 sur la distribution automobile se voulait être plus sévère que celui sur les restrictions verticales (considérant n°2 du règlement 1400/2002) ; cela peut donc s'avérer parfois inutile de se référer systématiquement au règlement n°2790/1999. Le renvoi au règlement n°2790/1999 sera pertinent lorsqu'il s'agit de qualifier la démarche de la Commission ; ainsi l'on peut valablement affirmé que l'approche économique retenue par la Commission lors de l'élaboration du règlement automobile est directement issue du règlement n°2790/1999.

b. Une obligation créatrice de « *rente de situation* » anticoncurrentielle

665. — **Rigidité des réseaux.** La méthode de ceux qui contestent le bien-fondé d'une telle obligation de motivation des contrats à durée indéterminée est elle-même sujette à critiques ; ils avancent des arguments dont la Commission se sert précisément pour justifier son souhait de décloisonner le secteur de la distribution et de la réparation automobile. En effet, ils craignent une « *rigidification des réseaux autour des distributeurs*

1043 De quelques questions juridiques suscitées le nouveau règlement d'exemption automobile, L. Vogel ; Gaz. Pal. n° du dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p.13.
1044 Cf l'article de la note ci-dessus.

puissants » (1045), les contrats deviendraient « *quasiment plus résiliables* » (1046). Cette obligation serait d'autant moins justifiée que les opérateurs en place disposent de « *possibilité de reconversion multiples, soit comme distributeurs ou réparateurs d'autres marques, soit même en tant que réparateurs agréés de la même marque s'ils satisfont à ses critères qualitatifs* » (1047). Face à une telle justification de fait, on pressent la faiblesse de l'argumentation, rien ne prouve en effet que ces possibilités de reconversion existent réellement. De plus, ce n'est pas parce que les constructeurs ont prévu d'accepter d'anciens distributeurs en tant que réparateurs agréés qu'ils feront ainsi pour tous les distributeurs écartés du réseau.

666. — **Barrière à l'entrée.** En revanche la remarque du professeur Vogel consistant à qualifier cette obligation de motivation de « *barrières à l'entrée* » (1048) est pertinente (1049), il affirme qu'elle est nuisible dans la mesure où elle équivaudrait au retour des contrats perpétuels. Le droit de la concurrence fournit d'ailleurs aujourd'hui une justification supplémentaire à l'interdiction de tels contrats ; en effet le contrat tendant à être perpétuel conduit à « *constituer une formidable barrière à l'entrée sur le marché qui empêche les agents économiques qui seraient en mesure de devenir concurrents de se porter candidats à une relation contractuelle en raison de l'indissolubilité des liens préexistants* » (1050). Le professeur Vogel qualifie cette obligation de barrières à l'entrée indésirable car cette protection d'un agent économique, même si elle peut apparaître louable en soi, a un coût disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi, qui peut être par exemple permettre à l'agent protégé de se reconvertir. L'auteur prévoit une généralisation du succursalisme et donc une disparition des concessions, et au final un résultat « *qui tendrait en faire disparaître en définitive ceux que l'on entend ait protéger* » (1051).

667. — **Appréciation.** Qu'en est-il réellement ? Les distributeurs considèrent-ils que l'obligation de motivation qui pèse sur les constructeurs est un obstacle pour eux à l'entrée dans un réseau (1052) ? A priori, la

1045 Le nouveau règlement automobile, J.M Thouvenin et R. Aubanel, Revue du marché commun et de l'Union européenne, n°462, octobre- novembre 2002, p.601 et s.
1046 De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile, L. Vogel ; Gaz . Pal, numéro du 02 au 04 mars 2003, p.13.
1047 De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile, L. Vogel ; Gaz . Pal, numéro du 02 au 04 mars 2003, p.13.
1048 cf l'article ci-dessus.
1049 Pour de plus amples développements sur la notion de barrières à l'entrée, voir précédemment l'application de cette notion au service après-vente (1ère partie, titre 1, chap.1, section 1, §1).
1050 Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution, L. et J. Vogel, Contrats conc. consom. 1991, p.1 et 2.
1051 Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution, L. et J. Vogel, Contrats conc. consom. 1991, p.1 et 2.
1052 C'est au regard de leur avis que l'on pourra déterminer si cette obligation de motivation peut être qualifiée de barrières à l'entrée sur le marche, au contraire le Professeur Vogel

présence d'une telle obligation les encourage au contraire à se porter candidat, elle constitue pour eux une sécurité supplémentaire, elle leur permet d'envisager avec une plus grande sérénité l'amortissement des investissements réalisés. Nous pouvons faire ici l'analogie avec le droit du travail ; l'employeur n'est pas libre de licencier un salarié sans justifier d'un motif réel et sérieux mais est-ce pour autant que les candidats à l'embauche considèrent cette obligation comme réduisant leur chance de trouver un emploi ?

PARAGRAPHE 2: UNE OBLIGATION DE PREAVIS PRECISEE

668. — Le neuvième considérant du règlement n°1400/2002 précise expressément que l'existence d'un préavis est impérative afin de renforcer l'indépendance des distributeurs, en effet plus le délai de préavis est important, plus l'agent économique augmente ses chances de reconversion et subit d'autant moins les pressions du fournisseur. L'article 5-3 précise la durée de ce préavis pour les contrats à durée déterminée et à durée indéterminée, mais en assortissant de ce dernier d'exceptions (A). La question de la compatibilité de ces dispositions issues du règlement n°1400/2002 avec celles appliquées par les praticiens et juges de droit interne n'est pas sans intérêt dans la mesure où elles recèlent toutes deux quelques particularités (B).

A- L'OBLIGATION DE PREAVIS AU SEIN DU REGLEMENT N°1400/2002

669. — **Durée.** Lorsqu'il s'agit de rompre un contrat à durée déterminée, le délai minimum que doit respecter chaque partie qui ne voudrait pas renouveler le contrat reste de 6 mois (article 3-5), alors que si une partie souhaite rompre un contrat à durée indéterminée, elle doit en aviser son partenaire contractuel avec un préavis d'au moins 24 mois. Pour ce dernier cas, le règlement a prévu une possible réduction au délai d'un an de préavis. Le préavis de résiliation ordinaire d'un contrat à durée indéterminée peut être réduit à un an lorsque le fournisseur est tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière. Le règlement n'innove pas par rapport au règlement précèdent, il faut donc reprendre les mêmes remarques qui avaient été faites à cette époque concernant cette disposition. Et notamment le fait que cette

semble se fonder sur le point de vue des constructeurs. Son analyse est critiquable dans la mesure où les constructeurs n'ont pas vocation à pénétrer un marché mais plutôt de protéger un réseau.

disposition trouve à s'appliquer en Belgique, mais qu'en France aucun texte légal ne prévoit ce type d'indemnité (1053). Quant à la clause qui accorderait une indemnité de rupture en échange du raccourcissement du délai de préavis, elle est peu utilisée dans la mesure où le calcul du montant de l'indemnité est complexe. En effet comment fixer le valeur de l'avantage qu'obtient un fournisseur à résilier avec un an de préavis en moins, est ce que cela doit être égal aux bénéfices reçus par le distributeur pendant une année ou bien encore fixé par rapport à ses capacités propres de reconversion ?

670. — **Réorganisation du réseau.** L'article 3-b-ii permet au fournisseur de résilier l'accord à durée indéterminée en raison de la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau. La Commission a précisé dans sa brochure explicative ce qu'il fallait comprendre comme un besoin de réorganisation ; ce dernier peut *« apparaître en raison du comportement de concurrents ou d'autres développements économiques »* (1054). Même si la décision de réorganisation appartient au fournisseur, le juge national ou l'arbitre pourra décider le contraire en cas de litige au vu des circonstances. A ce propos, les constructeurs ont pu légitimement se demander si l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 ne constituait pas en lui-même un besoin de réorganisation du réseau ? La Commission et la Cour de justice ont répondu que cette entrée en vigueur ne constituait pas *« de facto »* un besoin de réorganisation (1055), mais la réduction du délai à un an était possible dès lors la réorganisation n'était pas exclusivement fondée sur l'entrée en vigueur du texte. En revanche, une indication est fournie par la Commission lorsqu'il s'agit de déterminer si une partie substantielle du réseau est affectée ; celle-ci doit être examinée au regard du réseau du constructeur et ce terme de *« substantiel »* recouvre à la fois un aspect économique et géographique (1056).

B. LE RESPECT D'UN PREAVIS DE RUPTURE EN DROIT INTERNE.

1053 En France, seule une allocation de dommages et intérêts est prévu si l'affaire est porté devant les tribunaux et qu'une partie est condamnée pour faute dans le processus de rupture contractuelle.
1054 Brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002, réponse à la question n°68, p.64.
1055 Brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002, réponse à la question n°20, p.40-41 - CJCE 07 septembre, W-Audi Forhandlerforeningen, agissant pour Vulcan Silkeborg A/S contre Skandinavisk Motor Co. A/S; C-125/05; http://www.curia.eu - CJCE 30 novembre 2006, A. Brünsteiner (C-376/05, JO C 10, p.8), Autohaus Hilgert (C-377/05, JO C 10, p.8).
1056 Brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002, réponse à la question n°68, p.64.

671. — **Droit européen des contrats.** Autant les principes du droit européen du contrat que les principes UNIDROIT prévoient que chacune des parties doit résilier un contrat à durée indéterminée en respectant un délai de préavis raisonnable. Cette obligation de préavis fondée sur l'obligation supérieure d'exécuter le contrat de bonne foi trouve à s'appliquer en cas de contrat à durée indéterminée, mais en matière de contrat à durée déterminée le fournisseur n'a pas en principe l'obligation d'informer avec un préavis le distributeur de son intention de ne pas renouveler le contrat. Cependant, dans ce dernier cas, la responsabilité du fournisseur peut être engagée en cas de faute dans la rupture. Cette obligation de respecter un préavis de rupture perd de son efficacité en cas de manquement volontaire ou non à une obligation essentielle du contrat, ou si le contrat contient une clause résolutoire prévoyant la rupture du contrat pour un manquement à des obligations expressément stipulées.

672. — Le droit interne oblige donc aujourd'hui les parties à respecter un préavis (1), mais le strict respect de cette obligation exempte-t-il totalement les parties d'une mise en jeu de leur responsabilité (2) ?

1°) La reconnaissance d'une obligation de préavis en droit interne

673. — **Impératif contractuel.** Afin de permettre à l'agent économique délaissé de se reconvertir ou d'organiser au mieux la cession de son entreprise, la jurisprudence et plus tardivement la loi (1057) ont consacré cette obligation de respecter un préavis à la rupture du contrat. Le délai de préavis peut être fixé contractuellement, ou à défaut il devra être d'une durée *« raisonnable »* (1058). L'appréciation de sa suffisance relève de la tâche des juges du fond, ces derniers devront prendre en compte l'importance des investissements effectués par le concessionnaire, l'ancienneté des rapports contractuels et l'existence d'une exclusivité. Si le partenaire contractuel à l'initiative de la rupture a respecté ces exigences est-il libre de rompre le contrat et de choisir un nouveau partenaire, ou subsiste à sa charge de nouvelles obligations ?

2°) Les extensions de l'obligation de préavis

1057 La loi « Nouvelles régulations économiques » du 15 mai 2001 a introduit dans le Code de commerce l'article L 442-6, 5°, cette disposition permet au juge de condamner la pratique consistant « à rompre brutalement [...] une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale, et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels ».

1058 L'article cité ci-dessus prévoie le cas particulier des contrats de fourniture sous marque de distributeur ; en la matière la durée minimale du préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur.

674. — **Arrêt de principe.** L'arrêt de référence en la matière est celui rendu par la Cour de cassation le 6 mai 2002 (1059) ; le concédant Fiat souhaitait réorganiser son réseau dans la région parisienne, il préféra la création de succursales aux contrats de concession classiques, mais il devait pour cela réduire voir supprimer certains territoires d'exclusivité. Un des concessionnaires fut averti tardivement de ces projets et eut des difficultés à céder son entreprise, en effet il suffisait au potentiel acquéreur d'attendre patiemment que le concédant mette fin au contrat, et il pouvait ainsi obtenir le territoire sans en payer le prix. Le concédant rompit le contrat à durée indéterminée en respectant le délai de préavis d'un an prescrit par le règlement n°123/1985, mais le concessionnaire lésée entendit poursuivre son ancien cocontractant sur le fondement d'une résiliation abusive par méconnaissance d'une obligation de loyauté. Sa demande fut accueillie favorablement par la Cour d'appel (1060), mais n'échappa pas à la censure de la Cour de cassation. La Cour décida qu'il *« suffisait de constater que la société fiat auto avait respecté le préavis contractuel, propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion »*.La force obligatoire du contrat semblait donc l'emporter sur un certain solidarisme contractuel qui avait le vent en poupe depuis les contributions doctrinales parues à ce sujet (1061).

675. — La seconde partie de l'arrêt est riche d'enseignement ; elle paraît à priori condamner toute extension de l'obligation de préavis à la charge du concédant (a) mais en réalité consacre une préoccupation du droit de la concurrence : ne pas nuire à la reconversion de son ancien partenaire en privant le préavis d'effet utile (b).

a. Le refus de la Cour de consacrer une obligation d'assistance à la reconversion

676. — **Origine.** Une telle obligation est le fruit de la jurisprudence issue notamment de la Cour d'appel de Paris qui avait décidé « qu'un concédant avait manqué à son obligation d'assistance et à son devoir de loyauté en ne relevant pas un concessionnaire de son obligation de non concurrence, le privant ainsi d'une chance de reconversion » (1062). En décidant le contraire la Cour de cassation a donné « un brutal coup de frein à la course folle de la bonne foi contractuelle » (1063), tout au moins à la

1059 Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud ; JCP éd. G 2002, II, 10146, note P.Stoffel-Munck ; Contrats conc. consom. 2002, n°134, obs. L. Leveneur.
1060 CA Paris 11 février 1999, JCP éd. E, Cahiers de droit de l'entreprise 1999 n°2, p.30, obs. D. Mainguy.
1061 Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, D. Mazeaud, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage en F. Terré, Dalloz 1999, P.603 et Plaidoyer pour un solidarisme contractuel, Mélanges Ghestin, LGDJ 2001, P.441.
1062 CA Paris 26 mars 1999, Petites affiches n°49 du 9 mars 2000, p.13.
1063 Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud.

notion de bonne foi- solidarité, mais sans atteindre « la bonne foi- utilité » (1064) « née du respect de la parole donnée et tournée vers l'efficacité du contrat » (1065). De plus consacrer une telle obligation signifiait dans le même temps bafouer « le devoir de loyauté du concédant envers le nouveau repreneur » (1066 ; la Cour d'appel entendait reprocher au concédant de ne pas « s'être assuré que le concessionnaire évincé serait remercié de ses efforts aux intérêts économiques communs par le nouvel entrant » (1067). La Cour de cassation préféra au contraire obéir à une certaine logique économique.

b. L'obligation de donner au préavis un effet utile

677. — **Préservation de la concurrence.** Le droit de la concurrence est guidé par le principe *« de ne pas nuire à la compétition et aux compétiteurs »* (1068), un tel principe relève plus largement de la prohibition de l'abus de l'état de dépendance par un agent économique plus puissant que son partenaire. Finalement, si le concédant n'est pas tenu d'aider son ancien concessionnaire à se reconvertir, il ne doit pas pour autant réduire à néant ses perspectives pour l'avenir par des comportements tendancieux. En l'espèce, sa responsabilité aurait pu être engagée si la négligence dont il a fait preuve dans l'information de ses projets de restructuration eut été prouvée.

678. — **Illustration.** Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris (1069) est particulièrement innovant quant à cette obligation de préavis ; le concédant Rover France a notifié à son concessionnaire son intention de ne pas renouveler le contrat qui les liaient avec préavis d'une année (1070) par un courrier daté du 12 mars 1998. En réponse, la société concessionnaire s'est porté candidate pour être reconduit en qualité de concessionnaire de la marque, et a renouvelé son souhait par des courriers en juillet et septembre 1998. Malgré ces initiatives la société concédante a fait savoir à son concessionnaire le 29 octobre 1998, soit trois mois et demi avant le terme de son préavis, qu'elle l'écartait définitivement de son réseau. Le

1064 J. L Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat- cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n°220 et s.
1065 Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud. Pour une histoire du concept de bonne foi : Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, p.901.
1066 Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud.
1067 Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud.
1068 Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud.
1069 CA Paris, 5ème chambre, section A, 28 avril 2004, n° d'inscription au répertoire général : 2002/18000. Cette décision est devenue définitive puisque la société ROVER s'est désistée de son pourvoi (Com. 18 décembre 2007, n° 04-15976).
1070 Comme l'exigeait le règlement n°1475/1995 en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau.

concessionnaire lésée assigna la société Rover France pour que sa responsabilité soit reconnue tant à l'occasion de l'exécution que de la rupture des relations contractuelles. Pour s'éviter le *« couperet »* de la Cour de cassation elle prend garde de mentionner clairement que même si *« le concédant n'est tenu d'aucune obligation d'assistance à son concessionnaire en vue de sa reconversion »,* il n'en est pas moins tenu de respecter son devoir de loyauté commerciale. Comment apprécie-t-on la teneur de ce devoir de *« loyauté commerciale »* sans risquer la critique consistant à introduire un certain *« solidarisme »* contractuel dans le raisonnement ?

679. — **Prise en compte des relations entre les parties.** La Cour examine en premier lieu le passé contractuel des parties ; pour en conclure que la société concessionnaire a réalisé au mieux toutes les obligations qui lui incombaient et à ce titre reçu les félicitations du concédant. Elle décide que *« ces circonstances de fait n'ont fait que créer chez le concessionnaire une confiance légitime dans le maintien de la relation contractuelle l'unissant au concédant »*, mais cela ne pouvait suffire à la condamnation du concédant.

680. — **Qualification du manquement.** La cour se devait de préciser clairement la consistance du manquement à son devoir de loyauté de la part du concédant. Elle considère que ce dernier a entretenu un climat d'incertitude quant à l'issue de la relation contractuelle. Il n'a répondu à aucune des lettres de son distributeur souhaitant réintégrer le réseau, ce qui a pu créer dans l'esprit de ce dernier un certain espoir de réintégration. Dès la première lettre le concédant savait qu'il n'y avait aucune chance que la candidature du distributeur soit reçue favorablement, il se devait de l'informer dès ce moment là et non pas six mois après. Ainsi le concessionnaire pouvait préserver ses actifs et faciliter la reprise de sa concession, il s'agit certainement pour la Cour d'éviter au concessionnaire de devoir faire face à la situation qu'a connue le concessionnaire de la marque Fiat dans l'arrêt du 6 mai 2002 (1071). Donc malgré le respect formel du préavis de rupture, le concédant est condamné puisque il a retiré à ce préavis son effet utile. On peut à la lecture de cette solution présager que la Cour entend simplement consacrer une certaine notion de bonne foi contractuelle, à savoir le concept de bonne foi- utilité (1072)…

PARAGRAPHE 3 : APPRECIATION DES SOLUTIONS DE DROIT INTERNE AU REGARD DU DROIT COMMUNAUTAIRE

1071 Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud ; JCP éd. G 2002, II, 10146, note P.Stoffel-Munck ; Contrats conc. consom. 2002, n°134, obs. L. Leveneur.

1072 J. L Respaud, L'obligation de contracter dans le contrat- cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000, n°220 et s.

681. — **Enrichissement réciproque.** Confronter les solutions de droit communautaire et celles issues du droit interne par une opposition tranchée et définitive n'a plus de sens aujourd'hui, bien au contraire, les solutions dégagées au sein de ces deux systèmes normatifs peuvent susciter un enrichissement réciproque (1073), lorsque « *l'on confronte les concepts caractéristiques du droit communautaire à la théorie française des obligations, on observe que le droit français possède des ressources et une plasticité suffisante pour accueillir les concepts communautaires, […] ainsi l'intégration des notions de droit communautaires n'altère pas véritablement la structure de la théorie générale des contrats, mais commande son évolution* » (1074). La Commission, consciente d'une telle interaction, pose des critères d'exemption concernant la fin du lien contractuel, mais elle ne précise pas quelles seront les conséquences à déduire de tels manquements lorsque des litiges surviendront à ce propos face aux arbitres ou aux juges nationaux. Même si cette attitude de la Commission pourrait entraîner une certaine insécurité juridique, il serait plus judicieux d'en tirer d'abord les points positifs. Or il s'avère qu'ils existent, autant pour le droit communautaire que pour notre droit interne.

682. — **L'effet utile du préavis.** L'évolution jurisprudentielle que nous avons précèdememnt évoquée n'est pas présente en droit communautaire, le règlement n°1400/2002 ne contient que des dispositions formelles quant au respect d'un préavis de rupture des relations contractuelles. Il ne s'attache pas à sanctionner les comportements tendancieux, c'est la jurisprudence qui s'est chargée de cette tâche. Le juge ou l'arbitre est donc tenu à deux vérifications si le droit applicable au contrat est le droit français ; il vérifiera en premier lieu que le préavis a été réalisé de manière conforme aux stipulations réglementaires, et ensuite il appréciera l'effet utile de ce préavis.

683. — **L'obligation de motivation.** Nous avons démontré que la motivation de la résiliation des contrats à durée indéterminée contenue dans l'article 3- 4 du règlement n°1400/2002 est une exigence impérative afin de protéger les distributeurs (de véhicules ou de services de réparation et d'entretien) malgré les nombreuses critiques à ce sujet. Il serait donc tout à fait légitime que le législateur français décide de l'inscription dans la loi d'une telle obligation. Le Professeur Le Tourneau avance un fondement à étudier sérieusement ; à savoir l'intérêt commun (1075) inséré dans la loi Doubin (article L. 330-3 du Code de commerce). Même si cette notion n'est

1073 Même si au demeurant tous les systèmes juridiques au sein de l'Union se livrent à une concurrence juridique implicite, preuve en est qu'au niveau national la question de l'attractivité économique du droit français des contrats suscite un vif intérêt (Cf. sur ce point : X. Lagarde, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats » ; D. 2005, p.2745 et s.

1074 L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, H. Aubry, PU Aix Marseille 2002, n° 499.

1075 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003, n°307.

qu'une directive d'interprétation n'emportant aucune conséquence juridique, elle constitue une réserve riche en virtualités si d'aventure les tribunaux cherchaient à accroître la protection des concessionnaires » (1076). Selon l'auteur ce *« forçage »* de la loi opérerait un renversement de la charge de la preuve ; ce serait alors au concédant de prouver le bien fondé de la rupture qu'il a décidé. De façon plus abstraite un auteur (1077) a déterminé la fonction de l'obligation de motivation vis-à-vis des deux parties au contrat ; pour le destinataire *« elle lui permet de comprendre la résiliation, de l'accepter et de déterminer la résistance qu'il peut y opposer »*. Au contraire, le résiliant est obligé de formuler correctement sa décision, *« de la poser devant lui et de rendre objectives les raisons de sa décision »*. Ces différentes considérations ont fait dire à l'auteur que cette obligation de motivation *« n'est pas voyeurisme ou solidarisme éthéré, elle est devoir de parole, et de dialogue »*.

SOUS SECTION 2 : LES EFFETS DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

684. — Dès lors que les parties ont entendu rompre le contrat qui les unissait, plusieurs cas de figure peuvent se présenter et de nombreuses obligations naître. Il s'agit alors principalement de « *liquider* » le passé contractuel, à l'instar des mécanismes de liquidation de régimes matrimoniaux ou des sociétés (1078). Aux effets matériels de la rupture (Paragraphe 1) peut s'ajouter la mise en cause de la responsabilité de l'auteur de la rupture (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES EFFETS « MATERIELS » DE LA RUPTURE

685. — Les effets de l'extinction du contrat sont multiples, ils peuvent tenir aux personnes (A) ou aux biens (B).

A. LES EFFETS DE L'EXTINCTION DU CONTRAT DE CONCESSION QUANT AUX PERSONNES

686. — **Perte de la qualité de distributeur.** En premier lieu, le distributeur perd la qualité de concessionnaire, de représentant de la marque, il peut en revanche continuer à se promouvoir de la qualité de spécialiste de la marque, sous réserve de démontrer qu'il possède une réelle

1076 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003, n°307.
1077 La motivation, L. Aynès, Rev. Contrats, 2004, n°2.
1078 L'après contrat, M.-E. ANDRE, M.-P.DUMONT, Ph. GRIGNON, éd. Francis Lefebvre, 2005, n°9.

expérience en la matière (1079). A défaut, l'utilisation d'une fausse qualité pourrait justifier la condamnation du concessionnaire pour escroquerie par utilisation d'une fausse qualité (1080).

687. — **Reprise des contrats de travail.** En application de l'article L. 122-12 du Code du travail, les contrats de travail du personnel de l'ex-concessionnaire peuvent être transférés avec le contrat de concession à la personne du nouvel exploitant, pour cela deux conditions doivent être réunies : l'identité de l'entité économique autonome constituée par l'ancien concessionnaire doit être maintenue et l'activité poursuivie. La Chambre sociale de la Cour de cassation a adopté une jurisprudence pour le moins extensive puisqu'elle est allée jusqu'à considérer qu'il importait peu que l'ancien concessionnaire continue à fournir du travail aux salariés non repris par la nouvelle entité, qu'il y ait ou non transfert de locaux et qu'enfin l'ancien concessionnaire ait repris une activité de négoce de véhicules (1081). Une Cour d'appel est allée même jusqu'à considérer que dans l'hypothèse d'une résiliation du contrat de distribution sans repreneur « *l'entité économique et l'ensemble des éléments corporels et incorporels la composant ont fait retour au concédant* » (1082).

B. LES EFFETS DE L'EXTINCTION DU CONTRAT DE CONCESSION QUANT AUX BIENS

688. — La rupture d'un contrat de distribution automobile est l'occasion pour les parties d'exécuter une obligation extrêmement importante : la clause de reprise de stocks. En effet, dans la mesure où le distributeur n'a plus qualité pour diffuser les produits de son ancien fournisseur, la mise en œuvre de cette clause doit lui permettre de limiter les conséquences économiques de la rupture (1). L'éventuelle question de son indemnisation du seul fait de la rupture en l'absence de tout comportement fautif de la part du fournisseur pourra se poser dans certaines hypothèses (2).

a. La clause de reprise de stocks

1079 Com. 17 décembre 1991 : « l'utilisation par un ancien concessionnaire de l'expression « spécialiste de la marque » de son concédant ne constitue ni un usage illicite de la marque, ni un acte de concurrence déloyale en l'absence de preuve d'une confusion dommageable » ; D. 1992, somm. p.388, obs. D. Ferrier.
1080 Com. 4 décembre 1969 ; D. 1970, p.114.
1081 Soc. 11 juin 2002, Sté Grands Garages de l'Avenir et a. c/ Sté Paillard et a. ; JCP éd. E 2002, I, 1383, note R. Bertin.
1082 CA Douai, ch. soc. 31 janvier 2002, n° 00/00549 à 558, Sté Volkswagen France c/ Autopole ; Lamy Droit économique mars 2002, bull. A. p.1 – JCP 2002, éd. E, 1682, p.1854, note L. et J. Vogel. Cet arrêt a évidemment fait l'objet d'un pourvoi, et la Cour de cassation est revenue sur une telle solution en considérant « qu'il ne résulte pas de ses constatations que la société Groupe Volkswagen France a effectivement poursuivi ou repris l'activité antérieurement concédée à la société Autopole, sur le territoire de Villeneuve-d'Ascq » (Soc. 28 Mai 2003, n° 02-41.999, 02-42.008).

689. — **Définitions**. En pratique, ces effets quant aux biens tiennent essentiellement à la reprise des stocks invendus au terme du contrat (1083). Effectivement, le concessionnaire ne peut vendre librement ces produits, au risque de commettre un acte de concurrence déloyale à l'encontre du nouveau concessionnaire et du concédant lui-même (1084), il est nécessaire de régler cette situation contractuellement par le biais d'une clause de reprise des stocks (1085). Cette clause de reprise de stocks doit être impérativement prévue au contrat (1086), et ne peut être déduite de la volonté des parties puisqu'elle constituerait « *un avantage que les parties n'avaient pas prévu* au contrat » (1087)

690. — **Justifications**. L'introduction d'une telle clause a pu être justifiée de plusieurs manières, tout d'abord, en toute logique il existerait « *une incompatibilité flagrante entre la jurisprudence qui empêche le concessionnaire de se prévaloir de cette qualité [de revendeur] après l'expiration de la concession et la règle qui lui laisserait le soin d'écouler les produits non encore vendus* » (1088). En pratique, le concédant qui refuserait de reprendre ces produits invendus s'exposerait très certainement à leur revente sur le marché parallèle. A cette première justification abandonnée par la suite dans la mesure où elle reviendrait à étendre démesurément le champ des manifestations tacites de volonté (1089), un autre type d'argument légitimant de telles clause a pu naître de l'imagination de la doctrine : la théorie de la garantie d'éviction. En effet, « *le concessionnaire, ne pouvant profiter de ces produits en les revendant après la fin du contrat, souffrait d'un trouble de jouissance dû au fait personnel du concédant que ce dernier lui en devait réparation au titre de la garantie d'éviction* » (1090). Malgré l'apparente simplicité de cette justification, elle ne fut pas retenue

1083 Rappelons au préalable que la licéité de l'obligation de constituer un stock a été affirmée par la Commission des Communautés européennes dans sa décision Yves Saint Laurent Parfums en date du 16 décembre 1991 (JOCE du 18 janvier 1992, n° L 12, p.24), la clause avait eu pour effet « d'élargir l'éventail des produits de la marque, de sorte que les consommateurs peuvent toujours trouver, dans chaque point de vente, l'essentiel des références de chacune des gammes et compter sur une mise à disposition rapide ». L'on pourrait objecter qu'une telle décision est relative à l'analyse par la Commission d'un contrat de distribution sélective, mais elle est tout à fait transposable au contrat de distribution exclusive, la question de la gestion des stocks étant commune à ces deux types de distribution.
1084 Com. 19 octobre 1983 ; Bull. civ. IV, p.231.
1085 P.Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, Technique contractuelle, éd. Francis Lefebvre, 3ème éd., 2005, n° 1444 et s. - M. Cabrillac, « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente » ; D. 1964, Chron. p.181.Dans un premier temps, l'insertion d'une telle clause a été condamnée par la Cour de cassation sur le fondement du caractère définitif de la vente (Com. 16 février 1970 ; D. 1970, p.391 – Com. 17 mars 1970 ; JCP 1970 éd. G., II, 16568, note J. Hémard.
1086 Com. 26 octobre 1982 ; Bull. civ., IV, n°328.
1087 Com. 21 octobre 1964 ; Bull. civ. IV. p.390.
1088 M. Cabrillac, « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente » ; D. 1964, Chron. p.181, n°7.
1089 Com. 26 octobre 1982 ; Bull. civ., IV, n°328.
1090 D. Ferrier, Droit de la distribution, 4ème éd., Litec, 2006, n° 665.

par la Cour de cassation (1091), elle considéra que « *le fait personnel ici pris en considération est le non- renouvellement du contrat « qui ne constitue que l'exercice d'une droit, dès lors qu'il n'y est pas recouru abusivement » (1092). Le trouble est, en réalité, constitué par l'entrave à la potentialité de la revente* » (1093). Pourtant dans le cas où « *le concédant impose au concessionnaire l'achat d'un stock minimal [...]. Le concessionnaire n'a plus, ici, la liberté d'anticiper ses achats en fonction de la rupture du contrat et il serait justifié que le concédant reprenne les produits [...] dans la limite du minimum imposé. Le refus de reprendre ce stock paraît bien constituer un troublez au sens de l'article 1626 du Code civil* » (1094). Comment pouvez-t-on justifier une telle application ? Le Professeur Mainguy nous propose une justification originale tenant à l'objet du contrat de concession (1095), à savoir que « *si les marchandises ont été vendues par le vendeur initial au revendeur, elles étaient destinées à la revente, « le stock n'a été constitué que pour exécuter la concession » (1096) [...] en empêchant le revendeur de revendre, et lorsque la rupture est imputable au vendeur initial, ce dernier ne permet plus que les marchandises achetées soient utilisées selon leur finalité, revendues*» (1097). A l'objection selon laquelle une telle application de la théorie ferait intervenir la notion de destination normale de la chose, relevant normalement du domaine de la garantie des vices cachés, l'auteur oppose très justement « *qu'en concluant le contrat de concession, le vendeur initial avait prévu la revente [...] il est donc logique que ayant prévu la revente, la vente la précédant prenne en compte la potentialité de sa conclusion pour, lorsque aucune revente n'est possible, racheter les marchandises [...] au titre de la garantie d'éviction parce que, à défaut, c'est la liberté de revendre, reconnue au revendeur qui est altérée, sans justification ni contrepartie* » (1098).

691. — **Qualification juridique.** La clause doit être explicite et contenir les modalités de la vente, il y a lieu ici de s'interroger sur la qualification de l'opération, s'agit-il d'une simple promesse de vente de la part du concessionnaire, d'une promesse de rachat de la part du concédant

1091 Com. 22 janvier 1969 ; JCP 1969, II, 16066, note J. Hémard - Com. 29 avril 1969 ; D. 1970, p.628 – Com. 16 février 1970 ; D. 1970, p.391 ; RTD com. 1970, p.765, obs. J. Hémard.
1092 J. Hémard, note sous Com. 22 janvier 1969 (; JCP 1969, II, 16066, note J. Hémard).
1093 D. Mainguy, La revente, sous la direction de J.-M Mousseron, Préface Ph. Malaurie, éd. Litec 1996, coll. Bibliothèque Droit de la l'entreprise, n° 259.
1094 D. Ferrier, Droit de la distribution, 4ème éd., Litec, 2006, n° 665.
1095 D. Mainguy, La revente, sous la direction de J.-M Mousseron, Préface Ph. Malaurie, éd. Litec 1996, coll. Bibliothèque Droit de la l'entreprise, n° 259.
1096 M. Cabrillac, « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente » ; D. 1964, Chron. p.181, n°9.
1097 D. Mainguy, La revente, sous la direction de J.-M Mousseron, Préface Ph. Malaurie, éd. Litec 1996, coll. Bibliothèque Droit de la l'entreprise, n° 259.
1098 D. Mainguy, La revente, sous la direction de J.-M Mousseron, Préface Ph. Malaurie, éd. Litec 1996, coll. Bibliothèque Droit de la l'entreprise, n° 259.

(1099), ou bien encore d'une promesse synallagmatique valant vente ? Il semble que dans la mesure où le bénéficiaire de la clause manifeste d'ores et déjà son acquiescement à la vente dès la signature du contrat de distribution, nous pouvons valablement la qualifier de promesse synallagmatique assortie d'une condition suspensive, à savoir l'existence d'un stock résiduel au terme du contrat. Précisons que la Cour de cassation a pu imposer à un concédant de reprendre la totalité des stocks de son concessionnaire au terme de la relation contractuelle à titre de réparation, sous réserve de démontrer le caractère fautif du comportement du concédant (1100). Enfin, dans le même ordre, le juge a ainsi condamné un concédant à racheter le stock de son concessionnaire évincé du réseau à un prix supérieur à celui qui avait été prévu par les parties au sein du contrat initial, et ceci dans un objectif d'indemnisation du fait du caractère fautif de la rupture (1101).

b. L'indemnisation du distributeur du seul fait de la rupture du contrat ?

692. — **Indemnisation automatique.** Un autre effet de l'extinction du contrat quant aux biens pourrait être la reconnaissance pour le distributeur d'un droit en indemnisation du seul fait de la rupture du contrat (en considérant évidemment au préalable que ce droit à indemnisation serait un bien), en dehors de toute considération de faute. Certains plaideurs se sont risqués dans une telle action, mais ont été déboutés, et ce quelque fût le fondement attaché à leur action ; ni la notion d'intérêt commun (1102), ni celle de clientèle commune n'ont abouti. Ce dernier fondement a été davantage discuté que le précédent tant déterminer

1099 Com. 16 juillet 1980 ; n° 79-11181, Bull. Com. n°296.

1100 Com. 23 mai 2000, n° 97-10553 ; «Après avoir retenu que le caractère tardif de la notification de non- renouvellement constituait une faute de la société Roset dans le contexte exposé, l'arrêt constate que le contrat de concession imposait au concessionnaire un niveau de stock élevé, que l'absence de préavis a conduit la société Rehitim à s'approvisionner jusqu'au terme du contrat et que la présence à proximité immédiate du nouveau concessionnaire Ligne Roset a freiné l'écoulement du stock ;qu'ayant ainsi déterminé le préjudice complémentaire né de la faute commise, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de le réparer par la reprise par le concédant du stock restant ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches » ; RJDA 2000, n° 973 – RTD.. 2001, p.137, obs. J. Mestre et B. Fages.

1101 Com. 23 juin 1992, n° 90-16650 ; RJDA 1992, n°1119.

1102 L'opinion selon laquelle le contrat de concession ne serait être qualifié d'intérêt commun semble aujourd'hui totalement abandonnée, Cf. Com. 8 janvier 2002, 98-13142 : « l'intérêt commun à l'essor de deux entreprises non liées par un contrat de mandat est sans incidence sur les conditions de l'arrêt de leur collaboration » ; Bull.. IV, n° 1 – Contrats, conc. consom. 2002, comm. n° 78, obs. M. Malaurie – Vignal. Pour un précédent : CA Paris, 27 septembre 1977 : « le contrat de concession n'est pas d'intérêt commun ». cf. bibliographe Chagny – CA Paris, 1er mars 2006, n° 03-16268, 5ème Ch. A, SAS General Motors France c/ Sté Coroller Automobiles ; RJDA 10/06, n° 1014.

l'appartenance d'une clientèle est difficile en matière de réseau (1103), en effet certains considèrent que la clientèle serait plus attachée à la marque, à la notoriété du produit ou du réseau, et qu'ainsi « *la marque du fabricant est déjà, au stade de la conception du produit, le support d'une clientèle que le distributeur exclusif acquiert avec le produit dont il va assurer la commercialisation* » (1104), il semble que leur opinion fût retenue par la Cour de cassation au travers de ses solutions tirées des litiges qui ont opposé des gérants libres de stations–service à la société pétrolière qui avait installé ces stations (1105). Au lieu de considérer la clientèle comme un élément du fonds de commerce, elle a préféré affirmé que « *la clientèle existait déjà comme une réalité présente (1106), qu'elle n'était pas seulement potentielle ou en puissance, mais réelle et certaine* » (1107), et qu'ainsi « *le concepteur des articles à concéder dispose de tous les éléments assurant la notoriété de sa marque, et prédétermine l'attachement futur de la clientèle* » (1108). Une solution intermédiaire peut cependant être dégagée, il s'agit alors de considérer que la propriété de la clientèle pourrait tout autant être attachée la personne du fournisseur que du distributeur (1109), cette solution reçut un écho favorable en jurisprudence, ainsi la Cour d'appel de Paris considéra que « *lorsque le concessionnaire est spécialisé dans la vente de produits de marque, sa clientèle est moins la sienne que celle du fabricant* » (1110), ou bien encore « *qu'il n'est pas possible d'admettre que les clients seraient seulement ceux du concessionnaire* » (1111). Pourtant une telle copropriété de

1103 P.Le Floch, « Propriété commerciale et distribution intégrée », in Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, D. 1997, p.405 et s. B. Boccara, « Le fonds de commerce, la clientèle et le distribution intégrée » ; Gaz. Pal. 09 et 10 septembre 1994, p.16.

1104 J. –M De Bermond de Vaulx, Les problèmes juridiques posés par l'expiration des contrats de concession exclusive, JCP éd. E 1984, II, 14246, n° 21, p.297. Cf. aussi (même si ces auteurs ont discuté de la propriété de la clientèle en matière de contrat de franchise, en effet leurs solutions sont applicables de la même façon en matière de contrats de concession) Y. Guyon, Droit des affaires, Guérin, « Contrat de franchise et propriété commerciale sont-ils compatibles ? » ; JCP éd. N 1983, 321.

1105 Com. 27 février 1973 (deux arrêts) : D. 1974, Jur. p.283, note J. Derruppé. Il s'agissait pour les gérants libres de ces stations – service de faire admettre à la Cour qu'ils pouvaient bénéficier du statut protecteur des baux commerciaux, au soutien de cette qualification il était nécessaire de déterminer la propriété de la clientèle. Malgré une telle solution, il faut mentionner l'arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation qui a choisi une position inverse : « l'existence d'une clientèle globale appartenant à une société pétrolière n'empêche pas une station – service de posséder une clientèle propre » ; 3ème. 13 février 1980, Bull.. III, n°37 – JCP 1980, IV, 166 – RTD com. 1980, p.760, obs. J. Derruppé.

1106 Com. 27 février 1973 (1ère espèce : Jouenne c/ SA Total) : D. 1974, Jur. p.283, note J. Derruppé.

1107 Com. 27 février 1973 (2ème espèce : Epoux Simon c/ SA Total) : D. 1974, Jur. p.283, note J. Derruppé.

1108 J. –M De Bermond de Vaulx, Les problèmes juridiques posés par l'expiration des contrats de concession exclusive, JCP éd. E 1984, II, 14246, n° 21, p.297.

1109 Ex. en matière de contrat de franchise : D. Ferrier La rupture du contrat de franchisage.

1110 CA Paris, 22 décembre 1966 ; JCP 1977, II, 15085, note P.Level.

1111 CA Paris, 12 novembre 1962 ; D. 1963, somm. 25.

la clientèle a suscité de nombreuses réserves (1112), et cela reviendrait à remettre en cause l'indépendance juridique et économique du concessionnaire. Finalement, la démarche des juges vise simplement à opérer une appréciation *in concreto,* « *elle s'emploie à déterminer si la prestation du concédant ou du franchiseur consiste à procurer à son partenaire quelques moyens concurrentiels ou à créer l'exploitation commerciale dans l'essentiel de son pouvoir attractif* » (1113).

PARAGRAPHE 2 : LES CAS DE RUPTURE SOURCES DE RESPONSABILITE DU RESILIANT

693. — Notre droit interne connaît deux cas particuliers de rupture qu'il faut ici mentionner ; la loi a d'abord reconnu le cas de rupture brutale de relations commerciales établies (A), et parallèlement le juge continue à sanctionner les ruptures abusives de contrats qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée (B).

A. LA RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

694. — **Champ d'application.** L'article L 442-6, I, 5° du Code de commerce interdit la rupture brutale de relations commerciales établies sans préavis écrit ou même sans préavis suffisant. Il s'agissait lors de l'élaboration de ce texte de mettre un terme à la pratique du « *déréférencement* » utilisée par la grande distribution. Les conditions de mise en œuvre de ce texte sont volontairement floues ; tout type de relation est envisagé par le texte, il peut s'agir de « *relations précontractuelle, contractuelle et post-contractuelle* » (1114). Il suffit que ces relations commerciales portent sur la « *fourniture de produits ou de prestations de services* », ce qui vise à priori tous les contrats de distribution.

695. — **Portée.** Cependant malgré la volonté affichée du législateur de protéger les cocontractants en dehors de toute situation de dépendance, la portée du texte est limitée. D'abord l'action ne tend à réparer que « *le préjudice entraîné par le caractère brutal de la rupture et non de la rupture elle- même* » (1115), ensuite le législateur n'a pas profité de cette occasion

1112 D. Ferrier La rupture du contrat de franchisage – Ph. De Belot, sous TGI Paris, 24 novembre 1992 ; Gaz. Pal. 30 et 31 mars 1994, p.7.
1113 P.Le Floch, « Propriété commerciale et distribution intégrée », in Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, D. 1997, p.405 et s, n° 15. De la même façon, M. Le Professeur D. Ferrier adopte une telle démarche : D. Ferrier, Droit de la distribution, 4ème éd., Litec, 2006, n° 670.
1114 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003.
1115 CA Douai, 15 mars 2001, sté Auchan c/ sté PBC ; D. 2002, p.307.

pour introduire dans le droit l'obligation de motiver la rupture (1116), il pourra seulement être utilisé « *à terme pour créer une durée minimale de préavis* » (1117). En tout état de cause, il faut noter que ce texte ne concerne pas les contrats de la distribution et de la réparation de véhicules automobiles, en effet les ruptures de ces contrats ne sont que rarement brutales et assorties d'un préavis imposé par le règlement d'exemption (1118).

B. LA RUPTURE ABUSIVE D'UN CONTRAT A DUREE INDETERMINEE OU DETERMINEE

696. — **Référence à l'obligation d'agir de bonne foi.** Non seulement la rupture ne doit pas être brutale, mais elle ne doit pas être abusive (1119), la jurisprudence a condamné de telles ruptures par une interprétation extensive de l'article 1134, al. 3 du Code civil en octroyant à la victime des dommages et intérêts (1120. Sur ce point, une interrogation polysémique se dessine, doit-on considérer qu'une rupture abusive peut se confondre avec une rupture fondée sur le manquement à l'obligation de bonne foi contractuelle, autrement dit les deux notions de bonne foi et d'abus de droit sont-elles confondues ? Si la doctrine (1121) et la

1116 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003.
1117 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003.
1118 Qu'il s'agisse des contrats régis par le règlement n°1475/1995 ou le règlement n°1400/2002. Il est à signaler un arrêt particulièrement intéressant rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 octobre 2008 dans le cadre d'un contrat soumis au règlement général. Un concessionnaire de tracteurs et matériels agricoles de la marque New Holland a vu ses contrats résiliés avec un an de préavis conformément aux dispositions contractuelles alors que les relations commerciales avaient au total durées plus de 50 ans. La Cour d'appel de Paris adopta une solution pour le moins originale : « [… compte tenu de l'ancienneté des relations entre les parties…] le seul respect, pour les contrats en cours, du préavis contractuel pour le contrat à durée indéterminée ou de prévenance pour le contrat à durée déterminée n'est pas suffisant à exonérer le concédant du manquement de brusque rupture qui lui est imputé ». Une indemnisation à hauteur de la marge brute sur trois années lui a été accordée.
1119 1ère. 07 octobre 1965 ; Bull.. I, n°520; JPC éd. G. 1966, II, 14535 : « le droit de résiliation est susceptible d'abus engageant la responsabilité de son auteur » - Cass. Com, 5 octobre 1993 ; JCP éd. G 1994, II, 22224, note C. Jamin – 5 avril 1994, Sté VAG France c/ Ets Gauthier ; Contrats, conc. consom. 1994, comm. n°159.
1120 Com. 05 février 1985; Bull. civ. I, n°54 ; RTD. civ. 1986, p.105, obs. J. Mestre – Com. 14 novembre 1989 ; Bull. civ. IV, n°286, p.193 – Com. 31 mai 1994 ; JPC éd. G. 1994, I, 3803, n°1, obs. G. Virassamy ; Rep.Defr. 1994, art. n°35891, obs. Ph. Delebecque ; RTD.. 1995, p.108, obs. J. Mestre –. 1ère 11 juin 1996 ; Resp.. et assur. 1996, comm. n°300 ; Contrats, conc., consom. 1996, comm. n°164, obs. L. Leveneur.
1121 En ce sens, voir P.Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle » ; JCP éd. E 1998, n°6, p.32. L'auteur relève que « la doctrine et la jurisprudence ont renoncé à un critère spécifique de l'abus de droit […qui…] se fond dans la notion générale de faute, ou en matière de contractuelle du manquement à la bonne foi » - Ph. Le Tourneau ; Rép.. Dalloz 1995, n°53, qui affirme que « tout abus de droit en matière contractuelle […] est une violation, délibérée ou non, de la bonne foi ».

jurisprudence 1122 ont pu à maintes reprises les confondre, ces deux notions ont un sens originel différent. La bonne foi est l'illustration de l'obligation de loyauté et de collaboration à laquelle sont tenues les cocontractants, alors que l'abus se caractérise essentiellement par l'intention de nuire qu'il recèle, il s'agit seulement d'une usage illicite d'un droit pourtant licite, ainsi comme l'a résumé le Professeur Fages « *la bonne foi n'est bonne qu'à décrire des attitudes positives, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun [...] en revanche, dès qu'il s'agit d'attitudes plus négatives, d'actes dont les contractants doivent s'abstenir, la bonne foi a tendance à s'effacer derrière des notions plus classiques : fraude, mauvaise foi, intention de nuire, abus* » (1123). Les deux notions ne se confondent donc pas en raison de leur nature, l'abus est « *une notion éminemment subjective qui sanctionne, soit une intention de nuire, soit au moins la conscience de son auteur de faire subir à l'autre un préjudice alors que la bonne foi est une notion plus objective qui impose au débiteur une règle de conduite, le devoir de loyauté, qui se traduit notamment par l'obligation positive de respecter et prendre en considération l'intérêt de son contractant* » (1124). En effet, exécuter un contrat de bonne foi implique aussi qu'il soit rompu de bonne foi (1), à défaut la victime devra établir la preuve d'un tel manquement conformément à l'article 1315 du Code civil (2).

1°) Les justifications de l'interdiction de l'abus du droit de rompre une relation contractuelle

697. — **Intérêt économique.** La question de l'abus est particulièrement complexe lors de la phase de rupture de la relation contractuelle car le contrat de distribution automobile est un contrat dans lequel le distributeur est propriétaire « *d'actifs spécifiques* » (1125), la possibilité de substituer un contractant à un autre est coûteuse car « *les dépenses et investissements engagés en vue de l'acquisition de ces actifs sont en effet irrécouvrables, car ceux-ci ne sont pas, ou très faiblement,*

1122 Pour un arrêt retenant dans le même temps les deux notions : Com. 05 octobre 1994 ; JPC éd. G. 1994, II, 22224, note Ch. Jamin ; D. 1995, Somm. p.69, obs. D. Ferrier : « le contrat avait été rompu de façon abusive et de mauvaise foi ». La jurisprudence a pu aussi sanctionner l'abus sur le fondement de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat : Com. 31 mai 1994 ; Bull.. IV, n°194 ; JPC éd. G. 1994, I, 3803, n°1 et s., obs. G. Virassamy – Civ. 1ère 29 novembre 1994, Alcatel ; Bull. civ. I, n°348 ; JCP éd. G. 1995, II, 22371, 2ème esp.Note J. Ghestin ; D. 1995, Jur. p.122, note L. Aynès.

1123 B. Fages, « L'abus de droit dans les contrats de distribution » ; JCP éd. E. 1998, n°6, p.11 et s.

1124 Ph. Laurent, « La bonne foi et l'abus de droit de résilier unilatéralement les contrats de concession » ; LPA du 08 mars 2000, n°49, p.6 et s.

1125 Le terme « d'actifs d'une entreprise » désigne l'ensemble du patrimoine d'une entreprise dont les éléments sont aliénables, transmissibles et susceptibles de faire l'objet d'une transaction. L'on parle « d'actifs spécifiques » lorsqu'il s'agit d'actifs durables, fiancés par des investissements importants et dédiés à l'organisation d'une relation contractuelle spécifique.

redéployables vers d'autres applications » (1126), ainsi « *la perte d'un contrat [...peut être considérée...] comme le début d'une crise organisationnelle dont l'ampleur variera selon la valeur économique du contrat perdu* » *(1127). L'abus consiste alors en « la conscience de menacer toute reconversion salvatrice de son cocontractant à l'issue du lien* » (1128).

698. — **Justifications juridiques.** Plus théoriquement se pose la question suivante : pourquoi sanctionner en tant que tel l'abus du droit de rompre une relation contractuelle ? Plusieurs justifications peuvent être mises en exergue :

- L'abus peut être sanctionné parce qu'il recèlerait une dimension anticoncurrentielle intrinsèque
- Car il constitue un abus de prérogative contractuelle
- Car il dénote la déloyauté du comportement du contractant à l'origine de la rupture

699. — **Justifications économiques.** Le constant est simple : il est difficile de conceptualiser l'abus par les outils juridiques classiques. Ainsi l'analyse économique peut constituer un instrument nouveau afin d'apprécier l'abus puisque l'on ne peut ignorer que « les professionnels, en tant qu'opérateurs économiques évoluent sur un marché. Par son intermédiaire, ils réalisent des transactions et définissent la teneur de leurs rapports et de leurs obligations conventionnels (1129). En considérant que les entreprises sont guidées par un désir de maximiser leurs richesses, et plus largement, leurs intérêts, la conséquence première est que pour aboutir à cette fin, ces dernières peuvent se rendre coupables d'abus. Pour autant ce constat doit être enrichi par une notion spécifique qui est l'insuffisance du cadre informationnel. Afin de combattre utilement cette insuffisance et maximiser leurs profits, les entreprises mettent en œuvre « *leur stratégie à travers l'échange, dont le contrat constitue le support [...] le choix d'un modèle contractuel par rapport à un autre dépend des coûts qui lui sont associés* » (1130). Ces coûts sont les coûts de recherche du partenaire et de négociation de l'accord, mais aussi les coûts de contrôle du déroulement contractuels, et enfin les coûts des litiges hypothétiques, ils sont résumés

1126 A Cathiard, L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat, PU Aix Marseille 2006. n°196.
1127 J.-G. Belley, Le contrat entre droit, économie et société, coll. Le Droit aussi, Les éditions Yvon Blais Inc., 1998, p 139.
1128 S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, étude particulière aux contrats de distribution, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 57, Litec 2002, n°85. Voir aussi sur ce point : E. Brousseau, « Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises », in Coopération entre les entreprises et organisation industrielle, coll. Recherche et entreprise, CNRS Editions, 1996, p.49.
1129 A Cathiard, L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat, PU Aix Marseille 2006.
1130 A Cathiard, L'abus dans les contrats conclu entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat, PU Aix Marseille 2006.

dans la notion générale de coûts de transaction. Ce préalable étant fait, la lutte contre l'abus trouve sa cause dans l'idée que les conséquences de l'abus au plan économique sont néfastes aussi bien au niveau individuel qu'au niveau collectif puisque la victime de l'abus ne maximise pas ses ressources, et est ainsi freinée dans ses projets d'échange sur le marché, ainsi l'abus doit être sanctionné lorsqu'il vise à interdire l'accès au marché à un candidat ou en exclure un autre sans autre considération que celle de fausser la compétition entre entreprises. L'appréciation de l'abus doit donc être intimement liée à celle d'accès au marché.

2°) La preuve de l'abus

700. — **Mode de preuve.** Malgré le fait que la victime doit rapporter la preuve d'un fait juridique, elle n'en est pas pour autant libre quant à son mode de preuve. Un arrêt récent a décidé *« qu'en vertu du principe de loyauté de la preuve le concessionnaire ne peut prouver l'abus dans la rupture au moyen d'un entretien téléphonique enregistré à l'insu du concédant »* (1131).

701. — **Objet de la preuve.** La rupture abusive d'un contrat de distribution recouvre de nombreuses réalités (1132), mais il n'empêche que la sanction des juges en matière d'abus est relative au caractère insuffisant du préavis (1133), de la même façon en matière contrat à durée déterminée le concédant peut être condamné pour l'abus de son droit de non-renouvellement, notamment lorsqu'il a donné l'apparence au distributeur que le contrat serait renouvelé (1134). Le contentieux est plus vif en ce qui concerne les contrats à durée indéterminée, nous ne donnerons ici que quelques exemples significatifs. Le constructeur qui déciderait de rompre un contrat dans une pure intention de nuire abuserait de son droit de rompre (1135), il en serait de même de celui qui rechercherait la désorganisation du distributeur (1136). Enfin, le fournisseur qui aurait demandé au distributeur de réaliser d'importants investissements sachant

1131 Cass. Com., 25 février 2003, Sté Defrance Rennes Ouest Automobiles c/ sté Toyota France ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. n°104, note L. Leveneur.
1132 L. Mion, « L'abus dans le droit des contrats » ; Droit et patrimoine 2000, n° 83.
1133 Com. 11 juillet 1978; Bull. Civ. IV, n°199 – Com. 11 mai 1999, Chambrion c/Rover; RJDA 1999, n°918 – Com. 06 mai 2002, Fiat c/Sofisud ; JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud; JCP éd. G 2002, II, 10146, note P.Stoffel-Munck ; Contrats conc. consom. 2002, n°134, obs. L. Leveneur.
1134 Com. 20 janvier 1998; D. 1999, somm. p.114, obs. D. Mazeaud; Rev. Jur. Co. 1999, n°1517, note D. Poracchia; JCP éd. G. 1999, II, 10018, note J.-P.Chazal; RTD. Com. 1998, p.661, obs. B. Bouloc; RTD. Civ. 1998, p.675, obs. J. Mestre; D. 1998, somm. p.333, obs. D. Ferrier.
1135 Com. 05 octobre 1993 ; Bull. civ. IV, n°326; JPC éd. G. 1994, II, n°22224, note Ch. Jamin ; D. 1995, Somm. p.70, obs. D. Ferrier ; RTD.. 1994, p.603, obs. J. Mestre.
1136 Cass. Com. 27 octobre 1998, Sté Fiat Auto France c/ Lize ès. Qualité ; RJDA 12/98, n°1352.

qu ce dernier ne pourrait les amortir avant la fin du contrat commet une faute (1137). Il s'agit ici pour les juges de s'attacher davantage aux circonstances factuelles de la rupture du contrat qu'au respect des obligations que s'étaient imposées les parties quant aux modalités de rupture.

SECTION 4 : LE REGLEMENT DES LITIGES

702. — **Arbitrabilité.** L'opportunité d'un règlement non juridictionnel des litiges en droit de la concurrence n'a jusqu'alors jamais été remis en cause, l'arbitrabilité de la matière étant acquise (1138). C'est en raison de son caractère d'ordre public que la question de l'arbitrabilité du droit de la concurrence a pu susciter de nombreux commentaires (1139). En

1137 Cass. Com. 5 avril 1994, Sté VAG France c/ Ets Gauthier ; Contrats, conc. consom. 1994, comm. n°159. Et plus récemment Cass. Com., 20 janvier 1998, SCAO c/ Citroën ; JCP éd. E 1999, n°7, p.323, note Chazal.

1138 Selon P.Level, au sein de son article « L'arbitrabilité », Rev. arb. 1992, p.213, le terme « arbitrabilité » exprime « la qualité qui s'applique à une matière, à une question, à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres et peut être défini comme une application de la liberté contractuelle au traitement du contentieux ». Cf. aussi B. Hanotiau, « L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen » ; JDI, n° 4, 1994, p.899à 966. M. W. Abdelgawad, pour sa part, définit l'arbitrabilité comme « la condition de la validité objective de la convention d'arbitrage,de laquelle dépend la compétence ratione materiae de l'arbitre, [...] l'aptitude d'une matière ou d'une question à être jugée par voie d'arbitrage. L'arbitrabilité trace ainsi les limitations d'ordre public apportés par chaque Etat à l'arbitrage en fonction dces valeurs socio – économiques qu'il entend préserver » (W. Abdelgawad, Arbitrage et droit de la concurrence, Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé, sous la direction de M. Le Doyen E. Loquin, LGDJ 2001, n° 45.).
L'auteur propose une présentation exhaustive de l'évolution de la notion d'arbitrabilité ; deux conceptions s'opposent, la première est dite moniste, et la seconde est qualifiée de dualiste. Au sein de la conception moniste, « l'ordre public se place au centre de gravité [...] le critère d'arbitrabilité serait déterminé en fonction du degré de coloration du litige avec l'ordre public », alors que la conception dualiste « autorise le dépassement des exigences de l'ordre public et produit des phénomènes d'extension du champ de l'arbitrage »

1139 W. Abdelgawad, Arbitrage et droit de la concurrence, Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé, sous la direction de M. Le Doyen E. Loquin, LGDJ 2001 - R. Bout, Ententes et abus de domination devant l'arbitre, in Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun, Actes du colloque du 18 mars 1994, PU d'Aix Marseille 1995, p.59 – M-A Frison Roche, Arbitrage et droit de la régulation, in les risques de la régulation, coll. « Droit et économie de la régulation », T3, Dalloz/Presses de Sciences Po, 2005, p.223 - R. Kovar, « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », Mélanges B. Goldman, Litec 1982, p.109 – L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire », RDAI 1996, n° 5, p.561 - L. IDOT, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », Rev. arb. 2000.591 – L. Idot, « Union Européenne, arbitrage et ADR », Etude 293, in Lamy Procédures communautaires (sous la direction de G. Canivet, L. Idot et D. Simon), Paris 2004 - Ch. Jarronson et L. Idot, V° « Arbitrage » in encyclopédie Dalloz – H. Lesguillons, « La solitude pondérée de l'arbitre face au droit de la concurrence », Gaz. Pal. 28-19 mai 2003,p.1495 - C. LIEBSCHER, « L'arbitrage dans les procédures de contrôle des concentrations : des perspectives », Gaz. Pal. 2003.1501- JH. Moitry, « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la lex mercatoria ? » Rev. Arb. 1989, p.3 – C. Nourissat, « L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique communautaire : une ère nouvelle ? », RDAI 2003, n° 7, p.761, « La place de l'arbitrage dans le nouveau paysage communautaire de la concurrence », in C. Nourissat

effet, a priori, dès lors qu'une matière présente une dimension d'ordre public, un règlement juridictionnel des litiges devrait être la règle.

703. — **Arbitrabilité et droit interne.** Malgré les faveurs de la doctrine et de la « *soft Law communautaire* » (1140) pour ce type de règlement des litiges, de nombreux Etats ont institué un certain nombre d'obstacles. Ainsi en droit interne, l'interprétation de l'article 2060 du Code civil a freiné le développement de l'arbitrage en droit de la concurrence. Ce n'est qu'à partir de l'arrêt Almira du 16 février 1989 qu'une évolution a pu être pressentie, pour la première fois les juges ont ainsi admis que les arbitres avaient le pouvoir d'appliquer des règles d'ordre public, et surtout d'en sanctionner effectivement leur méconnaissance (1141). Auparavant, les juges considéraient qu'une convention d'arbitrage ne pouvait être valable dans les questions relevant de l'ordre public (1142). Plus précisément, par l'arrêt Labinal en date du 19 mai 1993 (1143), la Cour d'appel de Paris est venue, une nouvelle fois, confirmer cette première jurisprudence de principe en affirmant que « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu' une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux et, en matière internationale, l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du*

---

et R. Witterwurghe (dir.), Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises, Dalloz 2004, p.51 - G. Van Hecke, « Arbitrage et restrictions de concurrence », Rev. Arb. 1973, p.3 – L. Idot, « La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », D. 2007, Chron. p.2681 et s.

1140 L'expression est tirée de l'ouvrage du Professeur M.-A Frison Roche et M.-S Payet, Droit de la concurrence, Précis Dalloz, 1ère éd. 2006, n° 319, pour une illustration voir le « Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », Communiqué de Presse du 20 décembre 2005, MEMO/05/489.

1141 CA Paris 16 février 1989, Ch. 1, section C, Sté Almira Films c/ Pierrel, n° Juris Data : 1989-023062 : « L'arbitrabilite d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique, ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public ».

1142 Même si l'article 2060 al. 1er in fine du Code civil pose le principe de l'inarbitrabilité des questions d'ordre public, il est nécessaire de nuancer ce propos de part la nature floue et protéiforme de la notion, la jurisprudence, au fil du temps, a pu permettre de définir pour partie les questions qui pouvaient être soumises à un arbitre de celles qui devaient obligatoirement être tranchées par un Juge étatique, pour autant toutes les difficultés ne sont pas réglées, V. par exemple : CA Paris, 30 mai 1963 ; JCP 1963, II, 13338, note Motulsky ; Clunet 1964, 82, note Bredin – CA Paris, 21 février 1964 ; D. 1964, somm. 104 ; Rev. crit. dt. Intern. Privé 1964, p.543, note Mezger - ., 2ème, 20 décembre 1965 ; JCP 1966, II, 14588, note PL – CA Paris, 2 novembre 1965 ; JCP 1965, II, 14625, note Boulbès ; RTD. 1966, p.573, obs. Hébraud – G. Van Hecke, « Arbitrage et restrictions de concurrence », Rev. Arb. 1973, p.3.

Finalement, l'on conclura sur ce point que « la limitation de l'interdiction de l'arbitrage [… s'est circonscrite…] aux seules hypothèses où l'ordre public a été violé », Procédure civile, par J. Vincent et S. Guinchard, Précis Dalloz, 27ème éd., n°1637.

1143 CA Paris, 19 mai 1993, Ch. 1, sté Labinal c/ Sté Mors et Westland Aerospace Ltd, n° Juris-Data : 1993-600580 ; JDI 1993, p.957, obs. L.IDOT – Rev. arb. 1994, p.645, note J. Jarrosson – RDT. Com. 1993, p.494, obs. E. Loquin et J.-C. Dubarry.

pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation » (1144), et concernant spécifiquement le droit de la concurrence, les Juges ont admis que « *si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées à la relation des parties en cause* [...] » (1145). Outre le critère d'arbitrabilité du litige, la seconde condition nécessaire à l'intervention d'un arbitre tient à la volonté des parties, l'arbitre ne peut siéger qu'en raison d'une convention d'arbitrage, ou tout le moins d'une clause compromissoire. Pour autant, les pouvoirs de l'arbitre reste strictement limités par le contrat, ils ne peuvent porter atteinte aux compétences exclusives des autorités spécialisées.

704. — **Arbitrabilité en droit communautaire.** En ce qui concerne le droit communautaire, après une première réaction de méfiance face au règlement non juridictionnel des litiges (1146), il admit lui aussi l'arbitrabilité des questions de droit de la concurrence (1147), et consacra dans le même temps le droit des arbitres d'appliquer d'office les textes prohibant les pratiques anticoncurrentielles (1148). Malgré cette faveur du droit communautaire pour le règlement des litiges par la voie arbitrale, il n'en

1144 CA Paris, 19 mai 1993, Ch. 1, sté Labinal c/ Sté Mors et Westland Aerospace Ltd, n° Juris-Data : 1993-600580 ; JDI 1993, p.957, obs. L.IDOT.

1145 CA Paris, 19 mai 1993, Ch. 1, sté Labinal c/ Sté Mors et Westland Aerospace Ltd, n° Juris-Data : 1993-600580 ; JDI 1993, p.957, obs. L.IDOT.

1146 La cause d'une telle méfiance est ici aussi à rechercher dans le caractère d'ordre public du droit de la concurrence, et d'autant plus en droit communautaire puisque sa finalité est de créer un marché unique européen. Il était inconcevable pour les autorités communautaires que des instances non étatiques viennent réduire à néant ses efforts en matière d'harmonisation des règles de concurrence des Etats membres, et ainsi rendre impossible toute politique de concurrence efficace. Pour preuve d'une telle réticence, la Commission exigeait que lui soit communiquées toutes les sentences arbitrales au titre de règlements d'exemption.

1147 CJCE 1er juin 1999, Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV, Aff. C-126-97, Rec. p.3055 ; Cl. Lucas de Leyssac, « Arbitrage et concurrence : retour sur Eco Swiss », Concurrences, n° 1, 2005, p.1 – D. 1999, IR, p.181 – Rev. arb. 1999, p.631, note L. Idot – RTD. com. 2000, p.340, obs. E. Loquin – JDI 2000, p.505, note C. Prieto – C.M.L Rev. 2000, p.459, obs. A. Komninos – S. Peruzzetto, « L'ordre public international en droit communautaire » ; JDI 2000, p.300 – A. Mourre, « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la CJCE », Gaz. Pal. Les Cahiers de l'arbitrage, 2000-2001/1, p.77 – A. Rigozzi, « Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence (ATF 13 novembre 1998 et CJCE 1er juin 1999) », Bull. ASA, 1999, p.455.

1148 CJCE 1er juin 1999, Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV, Aff. C-126-97, Rec. p.3055 ; Cl. Lucas de Leyssac, « Arbitrage et concurrence : retour sur Eco Swiss », Concurrences, n° 1, 2005, p.1 – D. 1999, IR, p.181 – Rev. arb. 1999, p.631, note L. Idot – RTD. com. 2000, p.340, obs. E. Loquin – JDI 2000, p.505, note C. Prieto – C.M.L Rev. 2000, p.459, obs. A. Komninos – S. Peruzzetto, « L'ordre public international en droit communautaire » ; JDI 2000, p.300 – A. Mourre, « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la CJCE », Gaz. Pal. Les Cahiers de l'arbitrage, 2000-2001/1, p.77 – A. Rigozzi, « Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence (ATF 13 novembre 1998 et CJCE 1er juin 1999) », Bull. ASA, 1999, p.455.

demeure pas moins que des lacunes subsistent en la matière, et notamment du fait de l'impossibilité pour les arbitres d'opérer un renvoi préjudiciel auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes (1149), une telle carence a été vivement critiquée dans la mesure où les instances arbitrales ont vocation, en droit des affaires, à suppléer les fonctions d'un juge étatique, et peuvent ainsi être considérées comme de véritables juridictions (1150). M. Lesguillons objecte justement à une telle proposition que « *il serait peu cohérent [...] de revendiquer, d'une part, l'autonomie de l'arbitre du commerce international au regard des lois et juges étatiques et, simultanément, de revendiquer le statut de « juridiction d'un Etat membre* » (1151). Malheureusement, le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 n'évoque pas précisément la fonction et les missions de l'arbitre (1152), il est alors légitime de s'interroger sur la participation de l'arbitre à la fonction de police de marché, fonction à laquelle le juge est associé au sein du règlement. Pour autant, l'arbitre est en revanche invité, tout comme le Juge national, à appliquer l'article 81, § 3 du Traité. La nouvelle dévolution de compétence organisée par le règlement n°1/2003 et le système d'autoévaluation des entreprises (1153) ont entraîné, *de facto*, une diminution de l'intervention des autorités spécialisées au profit de l'arbitrage. Outre ce phénomène d'autoévaluation propre à développer un règlement non juridictionnel des litiges, la méfiance des contractants vis-à-vis du juge étatique de droit commun a joué un rôle décisif. Les parties voient dans la possibilité de choisir leur juge une manière d'éviter que des juges non formés en droit de la concurrence puissent rendre des décisions infondées (1154). De plus, les arbitres n'hésitent pas à s'entourer de juristes

1149 CJCE 23 mars 1982, Nordsee c/ Reederei Mond, Aff. C-102-81, Rec. p.1095 – D. 1983, p.633, note J. Robert – CDE 1983, p.207, note F. Dumon. La Cour a considéré que l'arbitrage ne pouvait être qualifié de juridiction au sens de l'article 177 du Traité en raison de deux considérations :
Le caractère facultatif de l'arbitrage entraîne l'existence d'aucune obligation, ni en droit ni en fait, pour les parties contractantes de confier leurs différents à l'arbitrage,
Les autorités publiques n'interviennent pas dans le choix de l'arbitrage et dans le déroulement des procédures arbitrages, et notamment dans par le l'absence de système de voies de recours

1150 M.-A Frison Roche et M.-S Payet, Droit de la concurrence, Précis Dalloz, 1ère éd. 2006, n° 319 - Cl. Luas de Leyssac, « Arbitrage et concurrence : retour sur Eco Swiss », Concurrences, n° 1, 2005, p.1.

1151 H. Lesguillons, « La solitude pondérée de l'arbitre face au droit de la concurrence », Gaz. Pal. 28-19 mai 2003, p.1495.

1152 C. Nourissat, « La place de l'arbitrage dans le nouveau paysage communautaire de la concurrence », in le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence, Dalloz, 2004, p.51.

1153 L. Idot, « Les entreprises face à la suppression du système d'autorisation préalable », CCI/AFJE, 20 novembre 2003, in Le nouveau droit communautaire de la concurrence – J.-B. Blaise, « Anticiper la procédure », in Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles. Le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ? (sous la dir. De L. Idot et C. Prieto, éd. Bruylant 2006, p.231-242.

1154 Les premières décisions adoptées par les Tribunaux de commerce suite à l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003 sont critiquables et largement critiquées (Cf. L. Idot, RDC 2005, p.1033 – V. Sélinsky, « Quand les juges du commerce appliquent le droit de la

chevronnés, alors que les Juges consulaires ne peuvent « *externaliser* » leur analyse juridique de la sorte.

705. — Confirmant sa préférence marquée pour ce type de règlement des litiges, la Commission a considérablement élargi la portée de cette possibilité (Paragraphe 1) sans vraiment mesurer l'opportunité d'un tel choix (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA PREFERENCE DE LA COMMISSION POUR L'EXPERTISE OU L'ARBITRAGE AU DETRIMENT DES PROCEDURES JUDICIAIRES

706. — En l'état des principes applicables en matière d'arbitrage des litiges en droit de la concurrence (A), il était logique que la Commission réitère une position qu'elle avait adoptée précédemment et qui consiste à encourager les acteurs du secteur à confier le règlement de leurs contentieux à des arbitres (B).

A. L'ARBITRAGE EN DROIT DE LA CONCURRENCE

707. — Admettre que les litiges de droit de la concurrence soit soumis à la censure de l'arbitre désigné par les parties suppose au préalable que soient définies l'office de l'arbitre (1) et le contrôle juridictionnel que les juridictions étatiques pourraient éventuellement opérer (2).

1°) Office de l'arbitre.

708. — **Application des articles 81 et 82 du Traité.** Même si les arbitres ne peuvent porter atteinte à la compétence exclusive de la Commission et des autorités nationales de concurrence dans l'application du droit de la concurrence (1155), ils sont néanmoins autoriser à tirer toutes les conséquences civiles de l'application des articles 81 et 82 CE (1156). Leur

concurrence » ; Rev. Lamy conc. mai/juillet 2005, p.17). La spécialisation des juridictions prévue par le législateur (Art. L. 420-7 du Code de commerce et mise en place par le décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005 (JO 31 décembre 2005, p.20831) est cependant gage d'une meilleure efficacité (Pour une analyse critique : L. Idot, « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement n°1/2003 : convergence confirmée mais centralisation surprenante ! » ; Europe, février 2006, Focus, n°5).

1155 L'arbitre est notamment dépourvu de toute compétence en matière de concentration et du contrôle des aides d'Etat, même si cette affirmation tend à être nuancée ; Voir notamment L. Idot, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations » ; Revue de l'arbitrage, 2000, n° 4, p.591 et s.

1156 H. Lesguillons, « La solitude pondérée de l'arbitre face au droit de la concurrence », Gaz. Pal. 28-19 mai 2003,p.1495 : « l'arbitre saisi par une ou par les parties d'un problème de compatibilité d'un contrat ou d'une clause avec une disposition applicable de droit de la

mission est alors rendue difficile par une série de contraintes : « *le respect de l'étendue de sa mission telle que définie dans la convention d'arbitrage, l'application de la loi choisie par les parties, et la garantie de l'impérativité du droit de la concurrence, lequel obéit, en tant que loi de police, […] à des considérations dépassant les simples intérêts des parties à l'arbitrage* » (1157). Plus particulièrement, en matière de règlements d'exemption par catégories, l'arbitre peut être amené à examiner la compatibilité d'un accord avec un règlement d'exemption par catégorie, et ainsi déclarer l'article 81, paragraphe 1, inapplicable. Plusieurs interrogations subsistent malgré ces affirmations de principe :

- peut-il évoquer d'office un moyen tiré de la violation du droit de la concurrence (a)?
- quelle est l'étendue du contrôle juridictionnel face à une sentence arbitrale rendue normalement en dernier ressort (b)?

a. Le pouvoir de relever d'office un moyen tiré du droit de la concurrence

709. — **Primauté du droit communautaire.** Sur cette question, la démarche fréquemment adoptée par la doctrine (1158) a consisté à raisonner par analogie au système retenu par les juridictions nationales (1159); le juge national est dans l'obligation d'évoquer d'office un moyen tiré du droit de la concurrence lorsque son droit national le prévoit (1160), et ceci du fait de

concurrence devra statuer et sera conduit, le cas échéant, à invalider ce contrat ou cette clause et même, pour autant que l'acte de mission l'y autorise, à accorder des dommages et intérêts à la partie victime d'un comportement anticoncurrentiel ».

1157 W. Abdelgawad, Arbitrage et droit de la concurrence, Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé, sous la direction de M. Le Doyen E. Loquin, LGDJ 2001, n°37.

1158 Sur cette question : Cf. J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* : LGDJ, 1999, n° 247. Pour sa part, M. W. Abdelgawad considère que « l'arbitre se trouve, dans ce cas, débiteur de l'obligation de prendre lui-même l'initiative pour soulever d'office le moyen d'ordre public de la nullité et prononcer éventuellement la nullité de l'acte illicite », refuser à l'arbitre cette possibilité reviendrait à créer « une inégalité de traitement injustifiée entre l'application des règles de concurrence à la demande de l'une des parties et leur inapplicabilité lorsqu'aucune manifestation de volonté de cette dernière n'a été décelée » et conduirait à priver de toute efficacité la sentence du juge. De plus, l'auteur remarque justement que « la nullité qui frappe un accord constitutif d'une infraction aux règles de concurrence a un caractère absolu ; elle doit donc être prononcée même si le défendeur omet de l'invoquer ».

1159 Voir notamment l'analyse de M. L. Simont, « Arbitrage et droit de la concurrence. Quelques réflexions d'un arbitre » ; RDAI, 1998, n° 4-5, p.553.

1160 Procédure civile, par J. Vincent et S. Guinchard, Précis Dalloz, 27ème éd., n°565. De la même façon, le Professeur M-A. Frison-Roche et M-S. Payet considèrent que « l'autorité nationale ou le juge national, qui constate une pratique anticoncurrentielle affectant le marché communautaire, doit, d'office, faire application du droit communautaire » (M.-A Frison Roche et M.-S Payet, Droit de la concurrence, Précis Dalloz, 1ère éd. 2006, n° 16).

Une seconde analyse nuance ces diverses opinions, elle considère que ce devoir d'application d'office est tempéré par une obligation de passivité, il s'agit pour l'arbitre de ne pas dépasser les limites du litige telles que définies par les parties et ne pas aller au-delà des faits et circonstances fondant la demande des parties.

l'application du principe de primauté du droit communautaire, principe consacré par la Cour de Justice des Communautés Européennes au sein l'arrêt Costa (1161). Cette première démarche analogique ne satisfaisant pas à la rigueur juridique, l'analyse des textes et des jurisprudences pertinentes en la matière s'est avérée nécessaire. Or dans la mesure où aucun texte communautaire ne règle une telle question, il était légitime d'attendre une réponse de la part du Juge communautaire.

710. — **L'arrêt Eco swiss.** L'arrêt de principe en la matière rendu le 1er juin 1999 par la Cour de Justice, dit l'arrêt *Eco Swiss* (1162), n'a pu permettre de conclure que l'arbitre avait l'obligation d'appliquer d'office le droit communautaire. La Cour a, en effet, posé le principe selon lequel une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à cette demande si elle estime qu'elle est effectivement contraire à l'article 81 CE dès lors que cette juridiction doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public. Une telle lacune au sein de cet arrêt est d'autant plus regrettable que l'avocat général Saggio au sein de ces conclusions (1163) avait fortement milité pour une transposition de la solution retenue face aux juridictions nationales ; à savoir une obligation d'application d'office du droit communautaire. Cependant, dans le même temps, il avait convenu que l'obligation de passivité incombant à l'arbitre était justifiée pour partie par la nature même de l'arbitrage, l'arbitre étant simplement issu de la désignation des parties, alors que les juridictions nationales sont une

1161 CJCE 15 juillet 1964, aff. 6/64, Flaminio Costa, Rec. CJCE p.1141 et 1158 : « (...) Issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté ».
La Cour de Justice précisera quelques années après la porté de cet arrêt de principe, et affirmera notamment que « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, **de sa propre autorité**, toute disposition contraire de la législation nationale même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » combinaison des principes de primauté et d'applicabilité directe du droit communautaire » (CJCE 9 mars 1978, aff. 106/77, Simmenthal, Rec. CJCE p.629 et 645, AJDA 1978, p.324, note J. Boulouis).
1162 CJCE 1er juin 1999, aff. C-126/97, Eco Swiss; JDI 2000, p.299, note S. Poillot-Peruzzetto - Rev. arb. 1999, p.631, note L. Idot - RTD com. 2000, p.343, obs. Loquin. Adde - S. Poillot Peruzzetto, L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la CJCE du 1er juin 1999 : JDI 2000, p.299 -A. Mourre, Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la CJCE Gaz. Pal. 2000, 1, doctr. p.127.
1163 Conclusion de l'avocat général A. Saggio présentées le 25 février 1999 dans l'affaire Eco Swiss China Time ltd c/ Benetton International.

émanation institutionnelle des Etats membres. Finalement, il semble que l'obligation pour l'arbitre d'appliquer d'office une disposition de droit communautaire ne soit ni le souhait des arbitres (1164), ni des juridictions et des parties, seules les contrariétés flagrantes devant être finalement relevées.

711. — **L'arrêt Thalès.** Une telle analyse est au demeurant confirmée en droit interne par un arrêt de la Cour d'appel de Paris (1165). La SA Thalès et le GIE Euromissile étaient unis par différents accords de coopération, le premier signé en 1991 était relatif à la production de missiles, et le second daté de 1992 était un contrat de licence conférant à Euromissile des droits exclusifs de fabrication et de vente desdites armes. En 1998, Thalès ayant remporté un appel d'offres du gouvernement grec s'adressa à son partenaire pour obtenir de lui une " *proposition de prix de vente pour la fabrication des missiles* ". Les parties ne parvenant pas à un accord, Thalès mit en œuvre la clause compromissoire prévue au protocole initial. Après une sentence partielle, la procédure aboutit au prononcé d'une sentence finale, le 23 octobre 2002, condamnant Thalès à indemniser le GIE pour résiliation fautive du contrat de licence. Agissant en annulation de la sentence arbitrale devant la cour d'appel de Paris, Thalès arguait de l'illicéité du contrat de licence conclu en 1992, au regard du droit communautaire de la concurrence, la sentence devait être annulée puisque qu'elle était contraire à l'ordre public international dès lors que l'accord pouvait s'analyser en un accord horizontal prohibé contenant une clause de répartition des marchés illicite et ne pouvant bénéficier d'une exemption au titre de l'article 81 paragraphe 3 CE du Traité CE. Le problème procédural en l'espèce était que ni les parties, ni le tribunal arbitral n'avaient soulevé la question de la nullité du contrat de licence au regard de l'ordre public communautaire. La Cour d'appel s'est finalement appuyée sur l'interdiction d'une révision au fond des sentences arbitrales par le juge étatique, pour refuser toute annulation. Elle considéra que « *le recours à la clause d'éviction d'ordre public international de l'article 1502,5° du NCPC n'est concevable que dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence heurterait de*

1164 D. Bensaude, » Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international » ; Gaz. Pal. 19-20 mai 2004, p.27.

1165 CA Paris, 1ère Ch., sect. C, 18 novembre 2004, Thalès c/ Euromissile; E. Barbier de la Serre et C. Nourrisat, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre… », RLC 2005-2, n° 150 – JDI 2005, p.357, note A. Mourre – D. 2005, Pan. 3058, obs. T. Clay – RDT. Com. 2005, p.263, obs. E. Loquin – JCP.2005, II, n°10038, note G. Chabot – Rev. crit. DIP 2006, p.104, note S. Bollée – Lamy Procédures communautaires, Etude 295, spéc. n°295-130 – Concurrences 1/2005, Editorial C. Lucas de Leyssac – E. Barbier de la Serre et C. Nourissat, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre… », Rev. Lamy conc. Fév-avril 2005, p.68 – M. Béhar-Touchais, « Arbitrage et ordre public européen », Rev. aff. eur. 2005/2, p.177 – L. Radicati di Brozzolo, « L'illicéité qui « crève les yeux », critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international », Rev. arb. 2005, p.529 – C. Seraglini, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », Gaz. Pal. Les Cahiers de l'arbitrage, 2005/2, p.5.

manière inacceptable l'ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental, ce qui est le cas de la méconnaissance de l'interdiction édictée par l'article 81 CE [...] La violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502,5° du NCPC doit être flagrante, effective et concrète », en précisant que « *si le juge de l'annulation peut, certes, porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, il ne peut pas statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de certaines stipulations contractuelles* ». La Cour conclut que « *le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès [...] effectuer en l'absence de fraude ou, comme il a été dit, de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux, aucune annulation n'étant d'ailleurs encourue simplement parce que les arbitres n'ont pas soulevé d'office les questions du droit communautaire de la concurrence* ». Même si une telle solution ne satisfait pas la plupart des auteurs qui se sont exprimés sur ce point (1166), ils conviennent cependant que la question de l'arbitrabilité du droit de la concurrence et du contrôle juridictionnel qui peut en découler est délicate (1167), et ce notamment du fait de l'origine communautaire du droit de la concurrence. Cette dernière caractéristique est d'ailleurs très certainement à l'origine d'une critique unanime de la solution ; en effet, il aurait été préférable que la Cour d'appel de Paris affirme l'obligation pour le juge d'appliquer d'office un moyen tiré du droit de la concurrence, et ce pour les raisons que nous avons précédemment évoquées (1168). M. Chabot justifie une telle analyse par l'arbitrabilité du contentieux du droit de la concurrence et par la tendance actuelle qui tend à considérer l'arbitre comme le juge naturel du commerce international (1169).

1166 E. Barbier de la Serre et C. Nourrisat, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre... », RLC 2005-2, n° 150- G. Chabot, « Articulation entre droit communautaire de la concurrence et arbitrage » ; JCP éd. G, II, 10038.

1167 E. Barbier de la Serre et C. Nourrisat, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre... », RLC 2005-2, n° 150.

1168 A l'inverse, les Juges de la Cour d'appel de La Haye ont refusé l'exéquatur à trois sentences arbitrales intervenues aux Etats Unis et condamnant un distributeur néerlandais ( ). Le problème de l'application du droit communautaire de la concurrence n'avait pas été analysé par les arbitres américains saisis du litige, or en l'espèce les accords en cause violaient les dispositions de l'article 81, §3 du Traité CE et ne pouvaient bénéficier d'une exemption par catégorie ; Gerechtshof of's-Gravenhage, 24 mars 2005 ; obs. L. Idot, « Ordre public : concurrence et arbitrage : Etat de la rencontre », in Ordre public concurrence et arbitrage ; Concurrences 3/2006, p.12-13.

1169 G. Chabot, « Articulation entre droit communautaire de la concurrence et arbitrage » ; JCP éd. G, II, 10038 : « *il importe que les règles d'ordre public de la concurrence s'imposent à lui : il en va de l'effectivité concrète de ces règles* ». L'on objectera cependant à l'analyse de l'auteur que l'on ne peut considérer l'arrêt *Eco Swiss* comme une consécration implicite de ce devoir d'application d'office, en effet la Cour de Justice prend soin de ne pas répondre à une

b. Le contrôle juridictionnel

712. — **Option pour un contrôle restreint.** Les opinions doctrinales sont en revanche opposées sur la question de l'étendue du contrôle juridictionnel face à une sentence arbitrale. Quant à la jurisprudence, elle semble opter pour un contrôle juridictionnel réduit en ce sens que, comme l'a rappelé l'arrêt Thalès, « *le recours à la clause d'éviction d'ordre public international de l'article 1502,5° du NCPC n'est concevable que dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental, ce qui est le cas de la méconnaissance de l'interdiction édictée par l'article 81 CE [...] La violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502,5° du NCPC doit être flagrante, effective et concrète* » (1170. Selon M. Chabot un tel contrôle restrictif par le Juge étatique est justifié par la finalité même de l'arbitrage, et par l'autonomie procédurale attachée au droit de la concurrence rappelé récemment par la Cour de cassation (1171), il ne saurait être question d'admettre le principe d'un large pouvoir d'annulation d'une sentence arbitrale par le juge étatique au risque de voir l'intérêt de l'arbitrage réduit à néant, ainsi qu'une atteinte flagrante au principe de sécurité juridique.

713. — **Option pour un contrôle étendu.** Au contraire, M. E. Barbier de la Serre et C. Nourissat considèrent qu'une telle solution est susceptible « *d'encourager un certain relâchement dans l'application du droit communautaire par les arbitre* » (1172), même si la Cour rappelle « *fermement le principe même du contrôle* » (1173, mais en l'assortissant de conditions d'exercice trop restrictives. En effet, la Cour considère que seules les violations manifestes du droit de la concurrence pourront encourir l'annulation devant le juge étatique ; « *la violation devant être flagrante, effective et concrète* ». Sur la première caractéristique, les auteurs critiquent vivement la position de la Cour consistant à affirmer que si la violation d'une disposition du droit de la concurrence avait été flagrante, tous les intervenants l'auraient mentionné à un moment donné de la procédure. De la même façon, il serait impossible, selon la Cour, de qualifier une telle atteinte au droit communautaire comme effective dans la mesure où le juge étatique ne peut pas « *statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais*

telle interrogation alors cependant que la question était posée expressément au sein du renvoi préjudiciel.

1170 Une telle solution a été rappelée encore récemment par la Cour d'appel de Paris le 23 mars 2006 par l'arrêt Cytec (CA Paris, 23 mars 2006, SNF c/ Sté Cytec ; Rev. Arb. 2007, p.101, obs. S. Bollée.

1171 Com. 14 décembre 2004 ; D. 2004, Somm. com. p.72, obs. E. Chevrier.

1172 E. Barbier de la Serre et C. Nourrisat, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre... », RLC 2005-2, n° 150.

1173 E. Barbier de la Serre et C. Nourrisat, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre... », RLC 2005-2, n° 150.

encore été plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de certaines stipulations contractuelles ». Même si les auteurs cités conviennent qu'une telle solution trop restrictive à leurs yeux est « *une arme efficace contre les moyens dilatoires [...] respectueuse du principe d'interdiction de révision des sentences au fond* », il n'en demeure moins pas que la Cour risque « *de donner effet à un contrat contraire à des dispositions d'ordre public concurrentiel* », en outre elle ne peut se fonder sur l'argument contingent consistant à affirmer au final que la compétence des différents interlocuteurs durant la procédure (arbitres, parties et leurs conseils, et la Chambre de commerce internationale) empêchait de considérer que la violation du droit de la concurrence était flagrante (1174). Plus précisément, la Cour ne peut valablement affirmer que seules les violations manifestes du droit de la concurrence sont dignes d'intérêt, cela reviendrait à donner un blanc-seing aux arbitres et ne contrôler finalement que les violations relatives à des dispositions du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ce critère dit de la « *violation manifeste* » constitue donc selon les auteurs « *un facteur de perturbation du fragile équilibre entre les principes de l'arbitrage et ceux du droit communautaire* », ils ajoutent « *qu'une solution plus sage aurait peut-être consisté, de la part de la Cour d'appel, à juger qu'elle doit exercer un contrôle entier sur les sentences arbitrales lorsque [...] il existe des « doutes sérieux » sur la contrariété de l'accord litigieux avec le droit de la concurrence* » (1175). L'on regrettera ici qu'une telle opinion ne soit pas accompagnée de plus amples développements ; s'agit-il d'une appréciation exclusivement factuelle et contingente du juge saisi ou d'une véritable présomption ? L'autre interrogation réside dans la teneur de la présomption : doit-on rapprocher un tel critère d'une simple présomption de fait (1176), ou au contraire considérer qu'il s'agit d'une présomption de légalité par analogie au système en vigueur en matière d'accords verticaux notamment (1177) ?

714. — En raisonnant ici encore par analogie au système en vigueur en matière d'accords verticaux, il semble opportun de considérer par principe que l'accord litigieux est empreint de légalité, et n'admettre un contrôle que dans le cas où certaines dispositions de l'accord semblent intrinsèquement illégales, peu importe au demeurant que ces divers moyens aient été évoqués par les parties dans leurs demandes initiales. L'imprécision des auteurs quant à leur grille d'analyse nous encourage à

1174 Une telle analyse s'oppose au principe selon l'ordre public concurrentiel n'est pas à la disposition des parties.
1175 E. Barbier de la Serre et C. Nourrisat, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre... », RLC 2005-2, n° 150, obs. n° 13.
1176 G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 7ème éd. : « Présomption de fait : présomption que le juge induit librement d'un fait pour former sa conviction, sans y être obligé par la loi ».
1177 Règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, §3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ; JOCE n° L 336 du 29 décembre 1999.

approuver, au moins pour partie, l'analyse de la Cour au sein de cet arrêt, mais à considérer néanmoins qu'il est impératif d'accorder expressément aux arbitres le droit de relever d'office des moyens tirés du droit de la concurrence.

715. — Enfin, il faut convenir avec les auteurs cités précédemment que le juge étatique n'est plus aujourd'hui démuni face à l'application du droit de la concurrence, en effet le système de coopération judiciaire élargi mis en place par le règlement n° 1/2003 permet désormais au juge d'avoir un accès quasi permanent au droit de la concurrence, et notamment par l'intermédiaire des services de la Commission. En revanche, malgré la qualité et la richesse du commentaire effectué par M. Barbier de la Serre et C. Nourissat, l'on s'opposera nettement à leur analyse finale visant à privilégier un contrôle administratif indirect de la sentence arbitrale à un contrôle juridictionnel (1178). Ils fondent un tel contrôle sur l'article 15, § 2 du règlement n° 1/2003 imposant aux Etats membres de communiquer à la Commission une copie des jugements « *statuant sur l'application des article 81 ou 82 du Traité CE* », et ceci afin de permettre à la Commission de déclencher une enquête. Selon ces auteurs, ne pas envisager un tel niveau de contrôle serait constitutif « d'un *manquement judiciaire au sens du droit communautaire* » et encouragerait au contraire les parties dans leur stratégie d'évitement du droit de la concurrence.

716. — La mission de la Commission consiste à rechercher et sanctionner le cas échéant les atteintes au droit communautaire de la concurrence, pour ce faire son organisation est fondée sur des procédures d'enquête dont l'efficacité n'est pas aujourd'hui directement remise en cause, privilégier finalement un système légal de dénonciation (à coté de la dénonciation entre entreprises parties à l'accord) serait contra ire au principe de libre concurrence, et plus généralement au principe de liberté contractuelle régnant en matière d'arbitrage.

B. ARBITRAGE ET REGLEMENTS D'EXEMPTION AUTOMOBILES

717. — **REC 1475/1995.** La Commission a intégré cette possibilité de recourir à un règlement non juridictionnel des litiges dès l'élaboration du règlement n°1475/1995, l'article 5-3 in fine prévoyait que *« dans chaque cas, les parties doivent, en cas de désaccord, accepter un système de règlement rapide du litige, tel le recours à un tiers expert ou à un arbitre, sans*

1178 E. Barbier de la Serre et C. Nourrisat, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre… », RLC 2005-2, n° 150, obs. n° 17.

préjudice du droit des parties de saisir le tribunal compétent conformément aux dispositions du droit national applicable » (1179).

718. — **REC 1400/2002.** L'article 3-6 du règlement d'exemption n°1400/2002 institue un mode non juridictionnel de règlement des litiges, il dispose que *« l'exemption s'applique à condition que l'accord vertical prévoie le droit pour chacune des parties de recourir à un expert indépendant ou à un arbitre en cas de litige relatif au respect de leurs obligations contractuelles. Ces litiges peuvent notamment concerner :*

- a) des obligations de fourniture ;
- […]
- g) la question de savoir si la résiliation d'un contrat est justifiée par les raisons données dans le préavis.
- Le droit visé à la première phrase est sans préjudice du droit pour chaque partie, de saisir une juridiction nationale ».

719. — La lecture de cet article nous amène à formuler deux remarques essentielles ; d'abord la Commission entend donner à ce mode de règlement des litiges une réelle effectivité, mais hélas sans se soucier de sa compatibilité avec notre droit interne procédural.

720. — **L'arbitrage, une clause impérative.** Contrairement au règlement n°1475/1995, le règlement n°1400/2002 fait de l'obligation des parties de soumettre leurs différents à un tiers expert ou arbitre une condition de l'exemption de l'accord, il énumère ainsi une liste non limitative des différents susceptibles d'être concernés. Selon les termes de la brochure explicative, la Commission entend privilégier un *« règlement rapide »* des litiges (1180), à ce titre elle précise les modalités de désignation de ces organes (1181). Cette dernière obéit à la volonté des parties, aucune obligation n'est imposé aux parties quant à la qualité des personnes désignée ou quant à leur nombre, la seule contrainte imposée par la Commission est que cette désignation ne serait être unilatérale. En cas de désaccord les parties devront alors se référer aux *« procédures de nomination qui sont normalement employées dans de telles situations »* (1182).

721. — **Arbitrage/expertise.** Mais il n'est pas certain qu'au final cet objectif de règlement rapide des litiges soit atteint, car la nature obligatoire du mécanisme est ambiguë du fait que l'article 3-6 ne prive pas

1179 Ce règlement non juridictionnel devait intervenir lorsqu'un litige survenait à propos de la faculté de résiliation pour réorganisation et du droit d'exercer la résiliation extraordinaire de l'accord pour manquement de l'autre partie à l'une de ses obligations essentielles.
1180 Brochure explicative du REC 1400/2002 p.60.
1181 Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°61, p.61.
1182 La Commission donne deux exemples de nominations extérieures ; il peut s'agir d'une nomination effectuée par le président d'un tribunal ou par le président d'une chambre de commerce et d'industrie (question n°61, p.61).

les parties de leur droit d'introduire une action devant une juridiction étatique. Cela ne pose aucun problème si les parties ont prévu un règlement des litiges par l'intervention d'un tiers expert car *« sa mission n'a pas de caractère juridictionnel, celle-ci n'emportant pas en effet de renonciation à saisir la juridiction étatique »* (1183). En revanche, si l'accord conclut par les parties prévoit le recours à un arbitre cette possibilité laissée aux parties n'est pas conforme aux règles de l'arbitrage international, car sa compétence est exclusive de la compétence judiciaire (1184). Des auteurs ont proposé plusieurs explications à la présence de ce tempérament qui apparaît en contradiction avec les règles de l'arbitrage international (1185) ; la première possibilité serait *« de l'interpréter comme faisant référence à une sorte de second degré de juridiction »,* mais cette interprétation s'oppose au principe de non révision de la sentence arbitrale (1186). La seule explication envisageable selon les auteurs cités serait de *« cantonner cette possibilité aux cas dans lesquels les parties ont prévu le recours à un tiers expert sur des questions factuelles dont la résolution ne revêt pas de caractère juridictionnel »* (1187). Cette explication n'est pas convaincante du fait qu'elle va à l'encontre de l'intention de la Commission, il est certain qu'elle a entendu permettre ce règlement non juridictionnel pour un grand nombre de litiges, sinon elle aurait repris les solutions moins audacieuses du règlement n°1475/1995. Il faut sûrement comprendre dans cette dernière disposition curieuse de l'article 3-6 du règlement, le souhait de la Commission de ne pas aller au-delà de ses compétences contenues dans le Traité, et notamment celle qui lui interdit d'intervenir dans l'organisation judiciaire des Etats membres.

722. — **Conciliation.** Le dernier problème posé par ce choix de la Commission se situe dans une disposition obscure de la brochure explicative ; on lit que *« chacune des parties a le droit de recourir à un expert indépendant, tel un médiateur ou un arbitre »* (1188). Pourquoi cette intrusion du *« médiateur »* dans le règlement des litiges entre les parties ? Est-il une alternative à l'arbitrage ? En droit interne, la clause de conciliation et de médiation recouvre une réalité bien définie différenciée de l'arbitrage, elle est relativement efficace puisque sa présence empêche la saisine directe du

1183 L'arbitrage et le règlement amiable des différents dans le règlement d'exemption CE 1400/2002 relatif aux accords verticaux concernant l'industrie automobile ; par J.C Fourgoux et C. Vilmart, Gaz. Pal numéro du 28 et 29 mai 2003, p.40 et s.
1184 Procédure civile, par J. Vincent et S. Guinchard, Précis Dalloz, 27ème éd., n°1664.
1185 L'arbitrage et le règlement amiable des différents dans le règlement d'exemption CE 1400/2002 relatif aux accords verticaux concernant l'industrie automobile ; par J.C Fourgoux et C. Vilmart, Gaz. Pal numéro du 28 et 29 mai 2003, p.40 et s.
1186 Pour plus de développements quant aux recours possibles contre la sentence arbitrale, Voir Droit du commerce international, par J.M Mousseron, J. Raynard, R. Fabre et J. L Pierre, éd. Jurisclasseur manuels, 2003, n°300 et s.
1187 L'arbitrage et le règlement amiable des différents dans le règlement d'exemption CE 1400/2002 relatif aux accords verticaux concernant l'industrie automobile ; par J.C Fourgoux et C. Vilmart, Gaz. Pal numéro du 28 et 29 mai 2003, p.40 et s.
1188 Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°60, p.60.

juge, le terme de « *médiation* » contenu dans la brochure explicative relève-t-il d'une telle clause ? En réalité, il est probable que la Commission ait voulu favoriser par là une phase de règlement amiable des litiges avant toute procédure arbitrale comme cela est le cas dans la pratique, elle se situerait donc en marge de la tierce expertise ou de l'arbitrage. Au contraire, un auteur en a conclut que le rôle de l'arbitre ne pourrait être que celui d'un médiateur ou d'un conciliateur (1189), mais ici encore cela équivaudrait à vider de toute sa substance l'article 3-6 du règlement d'exemption n°1400/2002.

PARAGRAPHE 2 : L'OPPORTUNITE DE L'ARTICLE 3-6 DU REGLEMENT N°1400/2002

723. — Il n'est pas question ici de revenir en détail sur les relations qu'entretiennent droit de la concurrence et droit de l'arbitrage, mais seulement de dresser un bref aperçu des avantages de l'introduction dans le contrat de distribution ou de réparation de véhicules automobiles d'une clause obligatoire de règlement non juridictionnel des conflits (A). A l'opposé, nous dresserons un inventaire non exhaustif des inconvénients qui gouvernent de telles procédures (B), pour en conclure que la Commission avant d'imposer une clause d'arbitrage obligatoire devrait remédier aux lacunes qui les gouvernent.

A. LES AVANTAGES APPARENTS DE LA PROCEDURE DE REGLEMENT NON JURIDICTIONNEL DES LITIGES INSTITUEE PAR LE REGLEMENT N°1400/2002

724. — **Absence de formalisme.** Les avantages de la procédure arbitrale sont aujourd'hui bafoués, ils ne sont plus aussi significatifs que par le passé. La suppression du formalisme reste cependant un avantage certain, ce formalisme est en effet réglé lors de la phase précontractuelle et se veut moins contraignant que celui gouvernant les procédures juridictionnelles.

725. — **Confidentialité.** La possibilité de conserver intact le secret des affaires est aussi une des raisons de recourir à un règlement non juridictionnel d'un litige, effectivement tenir les arbitres ou experts au secret de manière contractuelle apparaît de nos jours plus efficace que l'obligation de non divulgation d'informations confidentielles des magistrats.

1189 De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile, L. Vogel ; Gaz . Pal, numéro du 02 au 04 mars 2003, p.13.

726. — **Coût et célérité.** A coté de ces avantages persistants, d'autres ont perdu avec le temps de leur réalité ; on considérait que l'arbitrage constituait une procédure peu coûteuse mais l'on sait désormais que la rémunération des arbitres peut atteindre des sommes importantes. Enfin, les procédures arbitrales ne sont plus un gage de rapidité car la partie perdante *« aura tendance naturelle à exercer contre la sentence un recours en annulation devant la juridiction étatique de son état »* (1190).

C. L'INADAPTATION PARTIELLE DE LA CLAUSE DE REGLEMENT NON JURIDICTIONNEL DES LITIGES AU SECTEUR AUTOMOBILE

727. — **L'impossible question préjudicielle.** Un des premiers inconvénients de ces procédures est que les arbitres ou experts ne disposent pas des mêmes pouvoirs que les juridictions étatiques, et notamment en ce qui concerne la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. Cette possibilité leur fut refusée dans l'arrêt *Noordsee* (1191) du fait qu'ils n'avaient pas la qualité de *« juridiction »* au sens de l'article 177 du Traité (devenu l'article 234 du Traité). Or en matière de droit de la distribution automobile, ces questions préjudicielles sont d'une grande utilité dans la mesure où les règles se sont complexifiées et sont parfois d'une interprétation incertaine. Ceci est d'autant plus regrettable que ce nouveau pouvoir reconnu aux arbitres *« assurerait incontestablement une application plus uniforme du droit »* (1192).

728. — **Clause d'exclusion de l'arbitrage et rôle du Juge.** L'interprétation de cet article 3, §6 du règlement n°1400/2002 a suscité une question préjudicielle posée à la CJCE par une juridiction belge dans le cadre d'un litige opposant un constructeur et son distributeur au sujet de la validité d'une résiliation du contrat intervenue en application d'une clause expresse de résiliation excluant le recours préalable à un tiers arbitre (1193). Cette clause permettait au constructeur de résilier le contrat immédiatement, de plein droit, et sans mise en demeure, lorsque le distributeur se rend coupable de reventes hors réseau. Le distributeur écarté du réseau entendait faire admettre au Tribunal qu'une telle stipulation contractuelle était illégale puisqu'elle faussait le jeu de la concurrence en accordant au fournisseur une position de force limitant le pourvoir d'appréciation du juge national en cas de litige, ce dernier étant réduit à vérifier si les conditions d'application étaient réunies et déterminer

1190 Procédure civile, par J. Vincent et S. Guinchard, Précis Dalloz, 27ème éd., n°1629.
1191 CJCE 102/81, Rec., 1982, p.1096.
1192 L'arbitrage et le droit européen, in actes du colloque international de CEPANI du 25 avril 1997, éd. Bruylant Bruxelles, 1997, p.53.
1193 CJCE 18 janvier 2007, C-421/05, City Motors Groep NV c/ Citroën Belux NV.

si la résiliation constituait un abus de droit. La Cour ne retint pas une telle argumentation ; elle estima qu'aucune disposition du règlement n'exige, pour l'application de l'exemption par catégorie, que l'intervention du tiers ait lieu avant la mise en œuvre de la résiliation ou qu'elle suspende les effets de celle-ci tant qu'une décision n'aura pas été adoptée quant à la validité. Il suffit simplement que l'accord contienne une clause prévoyant le droit de recourir au tiers arbitre, la validité intrinsèque de la clause dépendant finalement du seul juge national. En privilégiant une interprétation littérale de l'article 3, paragraphe 6 du règlement n°1400/2002, la Cour prive la disposition de son efficacité, pour autant au regard de son objet (éviter les reventes hors réseau interdites), le recours à un tiers arbitre ne semble pas être impérative. Ensuite, le règlement n°1400/2002 a accordé de larges prérogatives aux distributeurs en matière de ventes à des revendeurs hors réseau, en mettant fin au système de la clause de localisation, donc à l'inverse le juge communautaire entend compenser par une sécurité accrue pour le constructeur quant à l'étanchéité de son réseau. L'effet dissuasif d'une telle clause est certain, et dès lors que le contrat est explicite quant aux ventes autorisées et celles interdites, rien ne s'oppose à une résiliation de plein droit sans recours à un tiers arbitre.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

729. — Dès lors que l'on admet que le contrat de distribution de véhicules neufs et de service après-vente peut devenir un instrument anticoncurrentiel, il est impératif de réguler les principaux événements le jalonnent. Devenir distributeur de véhicules neufs ou de service après-vente doit pouvoir être une opportunité accessible à tous les agents économiques qui candidatent à l'entrée dans le réseau et qui répondent aux caractéristiques exigées, le fournisseur ne pourra ainsi en écarter unilatéralement cert ains sans examiner au préalable leur candidature, l'objectivité étant la norme de comportement qu'il conviendrait d'adopter. Le choix du partenaire contractuel devant s'opérer dans des conditions d'objectivité et de relative transparence, le contenu du contrat ne doit pas devenir le terrain de prédilection de dispositions restreignant directement ou indirectement la concurrence.

730. — Il s'instaure alors entre les parties une relation originale en ce sens que le distributeur demeure totalement indépendant vis-à-vis de son fournisseur tout en étant astreint à une certaine discipline commerciale. Ce lien économique tissé entre le distributeur et le fournisseur est le plus souvent placé sous le sceau de l'exclusivité directe ou indirecte, contractuelle ou officieuse. L'obligation d'exclusivité à laquelle peuvent s'astreindre les parties au contrat de distribution fait l'objet d'un contrôle

particulier du Juge dans la mesure où elle peut avoir pour conséquence de placer le distributeur dans une situation de dépendance. Ce rapport de dépendance particulièrement anticoncurrentiel s'exprime notamment au travers de la question de la détermination du prix, le juge s'attachant désormais à en contrôler l'abus.

731. — L'extinction du rapport contractuel suscite par ailleurs un contentieux important puisque s'y expriment toutes les revendications des parties ; il s'agit alors pour l'une de reprocher les fautes commises durant l'exécution du contrat et pour l'autre de contester les conditions de rupture. En matière de contrats de distribution, l'extinction du contrat est particulièrement contrôlée car elle peut être synonyme pour le distributeur évincé d'une fin programmée de son activité, le contrat étant la valeur économique essentielle de son exploitation, au-delà de la simple valeur de son fonds de commerce. L'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 a quelques peu modifié les solutions applicables aux conditions de rupture du lien contractuel dans la mesure où elle a pu être analysée en un motif de rupture à part entière s'agissant d'une réorganisation substantielle de réseau. Si l'inexécution de ses obligations par l'un des contractants demeure une cause de rupture, qu'elle soit fautive ou non, l'évolution jurisprudentielle a permis d'introduire un nouveau concept novateur : le droit de rompre un contrat unilatéralement en dehors de toute clause résolutoire ou d'intervention judiciaire aux risques et périls de la partie à l'initiative de la partie qui le met en œuvre. Lorsque le fournisseur entend mettre fin au lien contractuel qui le lie à son distributeur, il doit respecter certaines exigences particulièrement protectrices. Ainsi, il est dans l'obligation de fournir par écrit les raisons objectives, détaillées et transparentes qui motivent son choix de résiliation et doit respecter un préavis de rupture. La décision de non renouvcellement d'un contrat à durée determinée doit être notifiée à l'autre partie en respectant un préavis de 6 mois, celle liée à la rupture d'un contrat à durée indéterminée doit être mise en œuvre en respectant un préavis d'au moins 24 mois. Le règlement a réiétéré la possibilité pour le fournisseur de résilier l'accord à durée indéterminée en raison de la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau en applicant un préavis réduit d'un an.

732. — Le règlement n°1400/2002 fait de l'obligation des parties de soumettre leurs différents à un tiers expert ou arbitre une condition de l'exemption de l'accord, il s'agit ainsi de favoriser un règlement des conflits non juridictionnel. Le législateur commun autaire marque ainsi sa préférence pour un tel mode de résolution des conflits d'ores et déjà favorisé par les acteurs du secteur.

CHAPITRE 2 : LE CONTRAT DE DISTRIBUTION APPREHENDE COMME UN BIEN

733. — Si le contrat de distribution appartient aux parties qui l'ont conclu, il n'en demeure pas moins que la personne des contractants peut être amenée à être modifiée. La transmission du contrat ne peut cependant pas être totalement libre dans la mesure où les contrats de distribution sont caractérisés par un fort intuitus personae (1194), la cessibilité du contrat peut donc faire l'objet d'aménagements contractuels spécifiques selon que l'intuitus personae s'exprime de manière unilatérale ou bilatérale.

734. — Cette question de la circulation du contrat connaît de nombreux changements de par l'entrée en vigueur du règlement, mais en raison d'une évolution jurisprudentielle récente. Afin d'en faciliter l'étude, il est nécessaire de dissocier la circulation du contrat dans le réseau (Section 1) de celle qui s'effectue hors réseau (Section 2).

SECTION 1 : LA TRANSMISSION DU CONTRAT ENTRE MEMBRES DU RESEAU

735. — **Cession entre membres d'un réseau sélectif.** L'article 3-3 du règlement précise que l'accord doit prévoir « que le fournisseur accepte la cession des droits et 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 ».La justification d'une telle liberté de cession dans le réseau est à rechercher dans le choix de distribution opéré par le constructeur ; s'il a opté pour la distribution sélective et que le transfert s'opère entre distributeurs sélectifs, les deux agents répondent tous deux aux critères établis par le constructeur.

736. — **Cession entre membres de réseaux différents.** Mais cette justification est-elle toujours pertinente lorsque la cession s'opère entre un distributeur exclusif et un distributeur sélectif ? Le texte dispose que la libre cession est possible *« à l'intérieur du système de distribution »* et ne précise de quel type de distribution il s'agit. Il est écrit au sein du considérant n°10 du règlement qu'il doit *être « possible de racheter d'autres entreprises du même type »,* est-ce que le *« type »* correspond au système de

1194 M. CONTAMINE-REYNAUD, L'intuitus personae, Thèse Paris, 1974 – G. KOSTIC, L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, Paris V, 1997 – D. KRAJESKI, L'intuitus personae dans les contrats, Préf. Ph. LE TOURNEAU, La Mouette 2001 – M.E. ANDRE, L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels, Melanges M. Cabrillac, Litec-Dalloz ? 1999, p.22 – D. HOUTCIEFF, Contribution à l'étude de l'intuitus personae, RTD. civ. 2003, p.3.

distribution choisi ? L'on est tenté de répondre par l'affirmative, en effet une entreprise choisie selon des critères sélectifs ne peut être assimilée à une entreprise disposant d'une exclusivité même si toutes deux distribuent la même marque. Il est logique que deux distributeurs puissent se transmettre librement un contrat qui obéit aux mêmes règles. Mais la transmission entre deux distributeurs ne répondant pas aux mêmes critères de sélection doit être prohibée, cela reviendrait à nier la prérogative du constructeur de choisir le mode distribution de ses produits. La brochure explicative fournit quelques précisions supplémentaires intéressantes ; d'abord elle précise que la cession entre un concessionnaire vers un réparateur agrée est impossible (1195). Ensuite, elle se préoccupe des cessions de contrat qui arrivent à leur terme, le concessionnaire faisant l'objet d'un préavis de résiliation mais répondant aux critères du concédant peut racheter l'entreprise d'un autre concessionnaire (1196). Cependant, la cession d'un contrat par un concessionnaire faisant l'objet d'un préavis de résiliation est précaire car *« la cession ne changera rien au fait que l'accord de concession cédé expirera en même temps que la période de préavis, l'acquéreur n'obtiendra la concession supplémentaire que pour une durée limitée prenant fin à l'expiration du préavis »* (1197).

SECTION 2 : LA CIRCULATION DU CONTRAT EN DEHORS DU RESEAU

737. — Le fournisseur a choisi un partenaire contractuel en fonction de ses compétences professionnelles, et de ses capacités financières permettant une commercialisation du produit dans les meilleures conditions. A l'inverse, le distributeur a contracté parce qu'il *« croyait au produit »* porteur d'une certaine image de marque, mais aussi parce que le réseau lui inspirait confiance, *« l'indépendance dans l'interdépendance »* (1198) représentait pour lui un gage de réussite.

738. — L'énumération de ces simples considérations économiques met en exergue le caractère personnel du contrat ; le fait qu'il soit conclut *« intuitu personae »* n'empêche pas sa libre cession (Paragraphe 1), afin de rendre effectif ce principe, les clauses d'agrément sont une pratique admise (Paragraphe 2).

1195 Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°66, p.63.
1196 Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°64, p.63.
1197 Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°65, p.63.
1198 Le Tourneau, Les contrats de concession, Litec, éd. 2003.

PARAGRAPHE 1 : LE PRINCIPE DE CESSIBILITE DU CONTRAT

739. — Le contrat peut continuer à être exécuté malgré un changement substanciel qui est celui de la personne du contractant, ce dernier transmet alors l'entier contrat en cours d'exécution à un tiers. Cette transmission, sans l'accord du cédé, a été un temps rejetée par la doctrine au nom d'une conception subjective de la force obligatoire du contrat (1199), elle est aujourd'hui admise (A) et ne peut en soi être remis en cause eu égard à la consécration jurisprudentielle dont elle a fait l'objet (B).

A. EXPOSE DU PRINCIPE

740. — **Terminologie.** Peut-on céder librement un contrat de distribution ? La réponse à une telle question, si anodine qu'elle soit, est à rechercher dans le contentieux prolifique de la cession de contrat (1200), nous ferons à ce stade une précision terminologique ; même si ce n'est pas le contrat qui est cédé mais plutôt la qualité de contractant, nous emploierons l'expression de *« cession de contrat »* dans un souci de simplicité. Le débat que nous évoquons ici oppose les partisans d'une conception subjective du contrat (1201) à ceux privilégiant une conception objective, davantage tournée par la patrimonialité du contrat (1202), divergence doctrinale auquel s'ajoute un obstacle tiré du droit commun, à

1199 J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, LGDJ, 2ème éd. 1994, n°693.

1200 I. Galvão Teles, « La cession de contrat », RID comp.1951, p.217 s - Ch. Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, th. Bordeaux, 1968, nos 27 et s. – Ph. Malaurie, La cession de contrat, Défrenois 1976, p.1009 – L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984 – I. Bouruet-Aubertot, « La cession de contrat : bilan et perspectives », D. Aff. 1999, p.578 –M. Billau, »Cession de contrat ou « délégation de contrat » », JCP éd. G 1994, I, no 3758, spéc. no 3 – Ch. Jamin, « Cession de contrat et consentement du cédé », D. 1995, Chr., p.131 – Ch. Jamin et M. Billau, note sous Cass. com., 6 mai 1997, no 94-16.335, no 95-10.252, deux arrêts, D. 1997, Jur., p.588 –L. Aynès, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », D. 1998, Chr., p.25 –Ch. Jamin et M. Billau « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », D. 1998, chr., p.145 – E. Jeuland, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne » ; D. 1998, Chron. p.356 – Ch. Larroumet, « La cession de contrat : une régression du droit français » ; Mélanges M. Cabrillac, Dalloz- Litec 1999, p.151 - Ch. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession du contrat » ; D. 2002, Chron. 1555 - C. Lachière, « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », D. 2000, Chron. p.184 – D.-R Martin, « Du changement de contractant », D. 2001, Chron. p.3144.

1201 J. Ghestin, Traité de droit civil, les effets du contrat, LGDJ, 2ème éd. 1994, par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, spéc. n° 691 et s. – Ch. Jamin, « Cession de contrat et consentement du cédé », D. 1995, Chr., p.131 - M. Billau, »Cession de contrat ou « délégation de contrat » », JCP éd. G 1994, I, no 3758.

1202 L. Aynès, La cession de contrat, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984.

savoir le principe de l'incessibilité des dettes sans l'accord du créancier (1203).

741. — **Cession limitée.** Les premiers s'opposent à une libre cessibilité et considèrent que l'accord du cédé est requis en cas de changement de partenaire contractuel, ils estiment alors que, si le cédé et le cessionnaire se reconnaissent tout deux contractant de l'autre, « *on en revient dès lors à la situation très classique d'une offre (par le cessionnaire) et d'une acceptation (par le cédé) dont la rencontre, [...], forme une nouvelle convention dont l'objet et la cause sont connus de chacune des parties puisqu'elles sont identiques à ceux du contrat cédé* » (1204). Ces auteurs préfèrent alors qualifier l'opération de « *délégation de contrat* » plutôt que de véritable cession.

742. — **Cession libre.** A l'inverse, le Professeur Aynès, privilégiant une conception objective du contrat, a démontré qu'une telle cession, sans l'accord du cédé était envisageable dans la mesure où « *la cession de contrat entraîne un transfert unitaire et intégral de la qualité de contractant* », et qu'ainsi « *la personne des contractants s'efface derrière le but économique qu'il s'agit d'atteindre* ». Pour parvenir à ce constat, le Professeur Aynès a été dans l'obligation de démontrer que la cession de contrat n'avait aucun effet libératoire et obligatoire vis-à-vis du cédé. En effet, le cédant cède son contrat car « *il ne poursuit plus, pour une raison quelconque, le but que lui permettrait d'atteindre le contrat, et pour éviter sa résiliation dont il ne serait pas seul à supporter les conséquences* » (1205), et de la même façon, la cession « *ne crée aucune obligation dans les rapports du cédé et du cessionnaire [...puisque...] c'est dans le contrat originaire cédé que se trouve la source des relations obligatoires du cédé avec le cessionnaire* » (1206), l'acte de cession est simplement un contrat translatif. Dès lors que l'on considère que le cessionnaire est l'ayant cause du cédant, le consentement du cédé n'est pas une condition de validité de la cession de contrat qui peut intervenir. A défaut, le consentement du cédé ferait « *double emploi avec celui qu'il a donné au contrat cédé ; la force obligatoire qui en est résultée suffit à l'engager envers l'ayant cause du cédant* » (1207).

1203 Civ. 1ère 2 juin 1992; Bull. civ. I, n° 168 - JCP 1992, I, n° 3632, obs. M. Billiau - RTD civ. 1993, p.122, obs. J. Mestre - D. 1993, Somm., p.211, obs. Ph. Delebecque?

1204 J. Ghestin, Traité de droit civil, les effets du contrat, LGDJ, 2ème éd. 1994, par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, spéc. n° 691 et s. V. dans ce sens : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil – Les obligations, Précis Dalloz, 5ème éd. 1993, n°1213, p.917 : « si l'on est en présence d'une cession de contrat purement conventionnelle, la signification que prévoit l'article 1690 du Code civil est de toute manière insuffisante, une véritable cession exigeant une acceptation par le cocontractant » - Adde G. Marty, P.Raynaud et Ph. Jestaz, Les obligations, T. 1, Les sources, Sirey, 2ème éd. 1988, n°350 – RTD. civ. 1992, p.762, obs. J. Mestre – Ch. Jamin, « Cession de contrat et consentement du cédé », D. 1995, Chron. p.131

1205 L. Aynès, La cession de contrat, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984, n°229 et s.

1206 L. Aynès, La cession de contrat, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984, n°233 et s.

1207 L. Aynès, La cession de contrat, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984, n°236.

743. — **Exception à la libre cession.** L'auteur évoque cependant une exception lorsque le contrat a été conclu intuitu personae (1208), dans ce dernier cas la cession est prohibée puisque le changement de personne du cocontractant modifie alors l'opération économique dans son ensemble, bouleverse l'économie du contrat. Cette dernière hypothèse fut cependant, pour certains, remise en cause partiellement par l'arrêt du 7 janvier 1992 (1209), la Cour a jugé que « *le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti* » (1210), en réalité mieux qu'un revirement de jurisprudence, il s'agit au plus d'une simple application du principe de l'autonomie de la volonté ; une partie est libre de revenir sur la teneur de son engagement si tel est son souhait. L'on a pu un temps interpréter *a contrario* la solution tirée de cet arrêt du 07 janvier 1992 pour affirmer qu'il était opportun d'opérer une distinction entre les contrats conclus *intuitu personae*, dont la cession aurait exigé impérativement le consentement du cédé, et les autres, librement cessibles par l'effet du seul accord du cédant et du cessionnaire.

744. — **Contrat empreint d'un fort intuitu personae.** Un arrêt est venu postérieurement préciser l'influence de la notion d'intuitus personae sur la cession de contrat, le 06 juin 2000 la Cour de cassation a affirmé au visa de l'article 1134 du Code civil une solution identique à celle dégagée en 1992 (1211). En l'espèce, une personne avait confié la défense de ses intérêts dans une instance prud'homale à Maître G., avocat membre d'une société civile professionnelle. Il avait été convenu entre Maître G. et le demandeur à l'instance une convention d'honoraires de résultat. Au cours de l'audience de conciliation, Ma ître G. dépêcha l'un de ses associés en ses lieux et places pour assister le client, ce dernier accepta d'ailleurs la proposition transactionnelle présentée par l'adversaire. Dans le cadre d'un litige relatif aux honoraires du nouvel avocat, le premier Président de la Cour d'appel décida que la convention d'honoraires ne pouvait s'appliquer faute pour Maître G. d'avoir assisté personnellement son client. La Cour de cassation, sous le visa de l'article 1134 et 10 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, exerça sa censure en reprenant très exactement la solution dégagée

1208 L. Aynès, La cession de contrat, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984, n°334.
1209 Com., 07 janvier 1992; Bull. civ. IV, n° 3 - JCP 1992, I, n° 3591, obs. Ch. Jamin - D. 1992, Somm., p.278, obs. L. Aynès - Contrats, conc., consomm. 1992, n° 110, obs. L. Leveneur.
1210 Com., 07 janvier 1992; Bull. civ. IV, n° 3 - JCP 1992, I, n° 3591, obs. Ch. Jamin - D. 1992, Somm., p.278, obs. L. Aynès - Contrats, conc., consomm. 1992, n° 110, obs. L. Leveneur.
1211 Civ. 1ère 06 juin 2000 ; Bull. civ. I, n° 173 – JCP 2000, IV, n° 2306 – RTD civ. 2000, p.571 obs. J. Mestre et B. Fages – Rep.Def. 2000, art. 37237, n° 69, p.1125, obs. P.Delebecque – D. 2002, Somm. com. P.853, obs. B. Blanchard - D. Krajeski, « L'intuitus personae et la cession de contrat » ; D. 2001, Jur. p.1345.

en 1992 (1212) et en ajoutant « *qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il relevait que M. Y... avait admis que l'associé de son conseil l'assiste lors de l'audience de conciliation, constatant par là même que M. Y... avait donné son consentement à la suppléance de son cocontractant, le premier président a violé le texte susvisé* ». Dès lors que le consentement, express ou tacite, du cédé peut être identifié, la transmission du contrat reste possible, même dans l'hypothèse d'un contrat conclu intuitus personae.

745. — **Traitement de l'intuitus personae.** Pour autant, il est malgré tout possible d'aménager le principe d'une transmission du contrat en raison du caractère intuitu personae imprégnant la relation contractuelle (1213), cette considération de la personne du partenaire contractuel recouvre deux situations selon le professeur L. Aynès (1214) :

- Dans la première situation, la personne est l'objet ou la cause du contrat, il est donc impossible de céder le contrat (1215).
- La seconde situation correspond à l'hypothèse où la personne n'a d'importance qu'au regard de l'exécution du contrat, dans ce cas le créancier peut invoquer le principe d'incessibilité si tel est son intérêt (Article 1237 du Code civil).

746. — Pour notre étude, seule la première situation est intéressante, le contrat de distribution de véhicules et de services de réparation et d'entretien apparaît être un contrat conclu *« intuitu personae »* (1216). Il est donc normal qu'en l'absence de clause aménageant la circulation du contrat, celle-ci demeure prohibée, et peut même entraîner, dans certaines hypothèses, la résiliation du contrat.

D. APPLICATIONS DU PRINCIPE

747. — **Origine.** En jurisprudence, plusieurs phases se sont succédées, le premier arrêt remarquable sur la question est celui en date du

1212 « Le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti »
1213 D. Krajeski, « L'intuitus personae et la cession de contrat » ; D. 2001, Jur. p.1345.
1214 L. Aynès, La cession de contrat, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984, n°330 et s.
1215 Pour un exemple : CA Paris 03 novembre 1994 ; D. 1996, somm. p.115, obs. D. Mazeaud – RTD civ. 1995, p.369, obs. J. Mestre : « La résiliation d'un contrat entre l'organisateur d'un salon et un exposant doit être prononcée ainsi que le remboursement des sommes déjà versées à titre d'acompte lorsque le contrat a été cédé par l'organisateur à un autre organisateur et que, s'agissant de relations publiques, la réputation, la renommée, l'expérience du prestataire de service sont prédominantes en permettant d'attirer un nombre plus ou moins grand de participants de plus ou moins bonne qualité ainsi qu'un plus ou moins grand nombre de visiteurs, alors qu'il résulte en outre des conventions que l'exposant s'était déterminé en fonction des capacités de ce dernier à organiser le salon et à effectuer toutes opérations de relations publiques ».
1216 Nous réserverons un chapitre entier à cette question au sein du titre 2 de cette partie.

14 décembre 1982 (1217), la Cour de cassation, en assimilant le contrat à un bien marchant, a considéré que « *la cession d'un contrat synallagmatique permet au cédé de poursuivre directement le cessionnaire qui est tenu envers lui en vertu du contrat transmis* », en l'espèce le bénéficiaire d'une promesse de vente d'un terrain a cédé sa qualité de bénéficiaire à un second qui s'était engagé à lui verser une certaine somme en cas d'acquisition dudit terrain. Ce dernier a alors lui-même transmis ce droit à un troisième, acquéreur final du terrain, considérant qu'il devait être gratifié de la somme promise par le second bénéficiaire, le bénéficiaire originel assigna l'acquéreur du bien. Sa demande fut accueillie favorablement par la Cour d'appel, cette dernière affirma que « *le second bénéficiaire avait cédé au troisième l'ensemble des droits et obligations nés du contrat le liant au premier bénéficiaire de la promesse de vente* ».

748. — **Précisions jurisprudentielles.** En 1993, la Cour admit de nouveau qu'une telle cession était possible (1218) ; les époux Obled se sont portés cautions d'un prêt contracté par la société Annaysienne d'alimentation envers la société pour l'équipement et la rénovation du commerce (SOCOREC). La société Annaysienne d'alimentation fut placée en redressement judiciaire, et le Tribunal arrêta un plan de cession au profit de la société SNDP et a cédé à cette dernière le contrat de prêt conclu initialement par la Sté Annaysienne d'alimentation. La société bénéficiaire de l'engagement de caution des époux Obled a tenté de mettre en œuvre la sûreté contractée à son profit, et son droit à couverture fut validé par la Cour d'appel. Les cautions affirmèrent cependant en cassation qu'il y avait eu extinction de l'obligation de la société Annaysienne d'alimentation, débiteur cédé, en qualifiant de novation l'opération de reprise du contrat de prêt par la SNDP. La Cour refusa cette qualification pour préférer celle de cession de contrat, ainsi « *Le contrat dans l'exécution duquel le repreneur succède au débiteur en redressement judiciaire est celui-là même qui liait le cocontractant cédé au débiteur* », ce qui a pu faire conclure un commentateur de la sorte : « *En maintenant, à l'occasion d'une cession d'un contrat de prêt prononcée dans le cadre d'un plan de redressement, au profit du créancier « cédé », l'obligation de règlement à la charge de la caution du débiteur initial « cédant », la Cour entend favoriser les créanciers* » (1219), et ne pas permettre à un mécanisme de droit des contrats d'entrer en conflit avec le droit des procédures collectives.

749. — **Atténuations.** Alors que la Cour avait admis la cession de contrat avec un effet translatif en ce sens que « *la cession de contrat*

1217 Civ. 1ère, 14 décembre 1982 ; Bull. civ., I, n° 360 – D. 1983, Jur. p.416, note L. Aynes – RTD civ. 1983, p.531, obs. F. Chabas.
1218 Com. 12 octobre 1993 ; Bull. civ. IV, n° 333 – D. 1994, p.353, note O. Playoust – Rev. Proced. Coll., 1993, p.512, obs. B. Soinne – JCP 1994, éd. E, I, 348, n° 2, obs. M. Cabrillac et Ph. Petel – JCP 1994, éd. G, I, 3744, obs. M. Billiau.
1219 D. 1994, p.353, note O. Playoust.

entraîne un transfert unitaire et intégral de la qualité de contractant » (1220), elle atténuera la teneur de cette solution par les arrêts du 06 mai 1997 (1221). Au sein de la première espèce, la société Carrière du Val-de-Saône confiait la commercialisation de ses produits à la société GSM Côte d'Azur, cette dernière réclama donc paiement d'un certain nombre de marchandises commandées par la société Hubert Rougeot, or la société Rougeot arguait du caractère direct de sa commande auprès de la société Carrière du Val-de-Saône, elle considérait que seul ce partenaire était son contractant. Un tel argument ne fut pas retenu par la Cour d'appel, se fondant sur le contrat de commercialisation conclu pour une durée d'une année par lequel la société Carrière du Val-de-Saône avait confié à la société GSM la revente de l'ensemble de sa production, les juges d'appel ont ordonné le paiement au profit de la société GSM. La Cour de cassation cassa aux motifs que la Cour d'appel se devait de rechercher « *si, dans le contrat conclu entre la société CVS et la société Rougeot ou ultérieurement, cette dernière société avait donné son consentement à la substitution de sa cocontractante* ». Les faits de la seconde espèce sont davantage clairs en ce sens qu'une disposition réglait pour partie la question de la circulation du contrat ; la société Jean-Michel Gobet et la société Spie Trindel avait conclu un contrat de maintenance, réservant à cette dernière la faculté de " *librement céder... les droits et obligations issus du présent contrat ou substituer toute société de son choix dans le bénéfice des droits et la charge des obligations en résultant* ", malgré cette clause la société Gobet a refusé de payer les redevances convenues à la société Pro-Telecom, société substituée dans les droits de la société Spie Trindel. La Cour d'appel refusa de considérer que « *la substitution d'un tiers dans les droits et obligations d'une partie au contrat, fût-elle autorisée préalablement par le cocontractant, n'est opposable à celui-ci que si elle lui a été signifiée ou s'il a été partie à la cession* », elle fut suivie par la Cour de cassation qui décida que « *la stipulation contractuelle de substitution, qui ne prévoyait ni l'information de la société Gobet ni un agrément par elle* » devait s'appliquer pleinement.

750. — **Conclusions.** A première vue, l'on serait tenter à la lecture de ces solutions d'affirmer que « la règle positive est donc la suivante : la cession d'un contrat n'est possible qu'avec le consentement, actuel ou anticipé, du cédé » (1222), et que plus largement la notion de cession translative de contrat était condamnée. Une telle cession ne sera possible, selon les termes de la solution de la Cour, qu'à la condition de recueillir le consentement express du cédé, consentement dont l'objet est « clairement

1220 L. Aynès, La cession de contrat, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984.
1221 Com. 06 mai 1997 ; Bull. civ., IV, n° 117 – Rep.Def. 1997, art. 33633, p.977, note D. Mazeaud – D. 1997, p.588, note M. Billiau et Ch. Jamin – D. 1998, Chron. p.25, L. Aynes - Contr. Conc. consom. 1997, obs. L. Leveneur.
1222 D. 1998, Chron. p.25, L. Aynes.

identifié : rendre le contrat cessible » (1223), ce consentement pouvant être exprimé soit au moment de la formation du contrat qui sera le cas échéant cédé (il s'agit du second cas d'espèce au sein duquel une telle substitution avait été envisagée contractuellement), soit ultérieurement, sauf reconnaissance par elle d'un refus abusif et infondé. Il semble qu'une telle solution soit synonyme d'un retour de la théorie subjective du contrat, la personne du cocontractant ne serait pas indifférente lors de l'exécution du contrat, peu importe au demeurant qu'il soit conclu intuitu personae ou pas. Le fondement textuel de cette théorie est à rechercher dans les articles 1134, alinéa premier et 1165 du Code civil : seules les parties au contrat, et uniquement elles peuvent décider de la possibilité et des modalités de circulation du contrat ; la clause d'agrément est un des mécanismes pour atténuer la rigueur de ces solutions.

PARAGRAPHE 2 : LA CLAUSE D'AGREMENT

751. — Les cocontractants qui ne souhaitent pas figer leur contrat, mais permettre au contraire sa circulation dans les meilleures conditions et au mieux de leurs intérêts peuvent prévoir une clause d'agrément (A), la question se pose alors de la mise en œuvre pratique de cette clause, et notamment la question de la motivation du refus (B) et de son contrôle (C).

A. L'EXISTENCE DE LA CLAUSE

752. — **Conditions matérielles.** Cette clause, conséquence du caractère intuitu personae du contrat, n'agit pas sur le principe même de l'agrément mais sur ses modalités. Expressément convenue entre les parties (1224), elle prévoit le plus souvent des informations sur la procédure à respecter en cas projet de transmission. Les rédacteurs de la clause devront au préalable définir précisément les conditions de fond à respecter afin de débuter le processus d'agrément ; et notamment indiquer si le privilège d'agrément est réservé au seul fournisseur, ou élargi aux deux parties. La clause peut tout autant viser la cession du contrat que la cession de contrôle de la société partie au contrat (1225).

753. — **Conditions formelles.** Les conditions de forme et de délais sont aussi une exigence primordiale, les parties devront convenir des diligences formelles qu'elles devront mettre en œuvre (une attention

1223 D. 1998, Chron. p.25, L. Aynes.
1224 Le caractère intuitus personae d'un contrat ne suffit pas à la présumer.
1225 Plus largement, toutes les opérations doivent être visées : la fusion, l'apport partiel d'actif, l'augmentation de capital, la cession de fonds de commerce, ou seulement la mise en location gérance du fonds.

particulière sera portée à la notification du projet de transmission afin de fixer le point de départ du délai de réponse du cédé).

E. LA MOTIVATION DU REFUS D'AGREMENT

754. — **Consécration jurisprudentielle.** Jusqu'à un arrêt récent (1226) la clause pouvait prévoir que le refus d'agrément pourrait être purement discrétionnaire, mais cette possibilité parait aujourd'hui contestée. En l'espèce, la société Sofco exploitait vingt-deux concessions, elle décida d'en céder quatorze à la société Sonauto. La société Sofco devait obtenir l'agrément du concédant Opel France, mais il était prévu que l'engagement de la société Sonauto serait remis en cause si deux concessions sur les quatorze ne pouvaient être cédées. Le concédant ne donna son accord que pour dix concessions, et fit donc échec au plan de reprise, la société Sofco assigna alors son concédant en paiement de dommages et intérêts. Elle reprochait à son concédant de ne pas avoir respecté la clause stipulant que *« le concédant s'engageait à examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire ».* La Cour d'appel de Lyon (1227) accueillit sa demande au motif qu'il y avait eu abus dans le refus d'agrément dès lors qu'aucun examen équitable et soigneux n'avait été mis en œuvre. Afin de justifier de cet examen sérieux et équitable *« il était nécessaire que le concédant en exposât les motifs »* (1228). La Cour de cassation confirma une telle analyse en décidant que *« la Cour d'appel a pu en déduire que le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et que pour éviter tout arbitraire, il lui importait de motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et sérieux, conforme à ses engagements contractuels ».* La Cour d'appel fut seulement censurée pour ne pas avoir appréciée finalement la motivation exprimée par la société Opel France en cours d'instance, la censure intervenant au visa de l'article 1382 du Code civil…

755. — **Portée limitée de l'arrêt de principe.** Cet arrêt fut remarqué car il posait la question de l'obligation générale de motivation du refus d'agrément, la Cour l'avait-elle consacré ou fallait-il voir dans cet attendu une solution d'espèce ? Il semble que la Cour n'impose pas

1226 Cass. Com. 2 juillet 2002, n° 01-12685 ; Bull. civ. IV, n° 113 - D. 2002, p.2262 ; D. 2003, Jur. p.93, note D. Mazeaud ; JCP G 2003, II, 10023, note D. Mainguy ; JCP éd. E 2003, Chron. 543, obs. J.L Respaud – RTD. civ. 2002, p.810, obs. J. Mestre et B. Fages – RDC 2003, n° 1, p.152, note M. Behar–Touchais, et p.50, note Ph. Stoffel – Munck – RTD. com. 2002, p.494, obs. J.-P.Chazal et Y. Reinhard – Contrats, conc., consom. 2002, comm. n° 10, obs. M. Malaurie- Vignal.
1227 CA Lyon, 3ème ch., 17 mai 2001 ; JCP éd. E 2002, Chron. 640, obs. D. Mainguy.
1228 JCP éd. E 2003, Chron. 543, obs. J.L Respaud.

d'obligation générale de motivation (1229), il n'y aurait eu consécration de l'obligation de motivation dans le seul contexte contractuel étudié. Ce n'est que parce que le contrat contenait une clause faisant explicitement référence à cette motivation que la Cour constate un abus de droit, autrement dit l'arrêt ne consacre ni plus ni moins que le respect de la loi contractuelle. Plusieurs arguments militent pour cette portée limitée de l'arrêt : tout d'abord jusque là la Cour s'était bien gardée de contrôler tout abus en matière de refus d'agrément (1230) ce qui pourrait nous faire douter de « *l'opportunité d'instaurer un contrôle général du refus d'agrément dans le contrat de distribution* » (1231), ensuite, l'auteur remarque justement que « *rien ne sert d'obliger à motiver le refus d'agrément, si la rupture du contrat n'a pas à être motivée [...] si le contrat est à durée indéterminée, il suffira de rompre le contrat de distribution si l'on ne veut pas du successeur proposé* » (1232). Sur ce point, l'auteur rappelle que le règlement n°1400/2002 exige que le contrat de distribution contienne une obligation de motiver par écrit la résiliation du contrat, ce qui tendrait à contraindre généralement le fournisseur à justifier ses choix tant de rupture que d'agrément. De plus, il semblerait qu'il ne soit pas opportun de généraliser cette exigence de motivation du refus d'agrément puisqu'il serait « *moins grave de se voir imposer une séparation que de se voir imposer un partenaire de remplacement que l'on n'aurait pas choisi* » (1233). Enfin, si la Cour souhaitait contraindre généralement les fournisseurs à justifier leur refus d'agrément, elle n'aurait certainement pas « *canaliser les effets* » (1234) par la possibilité de transmettre les motifs du refus en cours d'instance, alors pourtant que la rédaction de la clause commandait en l'espèce une communication rapide de la part du concédant. Précisons au demeurant que la Cour de cassation retient une conception large de ses motifs ; ils peuvent être liés à « *des*

1229 La majorité de la doctrine s'étant exprimé dans les revues juridiques est de cet avis, et même l'ardent défenseur du solidarisme contractuel « souhaitant éviter toute mauvaise foi dans l'interprétation des arrêts » n'a pas déduit de l'arrêt une quelconque obligation générale de motivation.

1230 Mme Le Professeur M. Behar-Touchais nuance cependant cette affirmation par quelques exceptions : le cas de la distribution sélective dans laquelle le contrôle du refus de l'entrée dans le réseau est nécessaire pour vérifier que les critères de sélection sont objectifs et appliqués sans discrimination et la particularité du refus d'agrément délivré par le bailleur commercial au repreneur du fonds (art. L. 145-16 Code de commerce) : RDC 2003, n° 1, p.152, note M. Behar–Touchais

1231 RDC 2003, n° 1, p.152, note M. Behar–Touchais. Mais alors ne serait-on pas face à un abus flagrant du droit de rompre ? Sur ce point, l'auteur rappelle que le règlement n°1400/2002 exige que le contrat de distribution prévoit une obligation de motiver par écrit la résiliation du contrat, ce qui tendrait alors à justifier un solution contraire. Nous doutons cependant qu'il soit possible de déduire de cette obligation introduite par le règlement signifie que le fournisseur soit tenu de justifier ses choix tant de rupture que d'agrément.

1232 RDC 2003, n° 1, p.152, note M. Behar–Touchais. Précisons qu'en pareil cas si le distributeur qui voit son contrat résilié, il reste libre théoriquement d'entamer une procédure de cession pendant la durée de son préavis, mais en pratiquement l'opération sera vouée à l'échec puisqu'un contrat amené à être rompu n'a aucune valeur marchande.

1233 RDC 2003, n° 1, p.152, note M. Behar–Touchais.

1234 D. 2003, Jur. p.93, note D. Mazeaud.

impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes », cette rédaction volontairement extensive permet d'englober « *toutes les considérations commerciales, financières, industrielles, concurrentielles, voire plus subjectives comme celles tenant à la réputation du contractant [cessionnaire]* » (1235). Un argument s'oppose cependant à cette opinion selon laquelle la portée de l'obligation consacrée par l'arrêt serait limitée au contrat en cause : la Cour fonde la constatation d'un abus sur l'article 1382 du Code civil, or comme le remarque Mme Le Professeur Behar-Touchais « *si l'obligation de motiver était d'origine contractuelle, la sanction de l'abus serait fondée sur l'article 1147 du Code civil* » (1236). L'on reste effectivement songeur face à ce visa ; comment peut-on se référer au contrat lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une obligation pour la sanctionner ultérieurement au visa de l'article 1382 du Code civil ? Finalement, l'abus aurait dû être sanctionné au visa de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, l'abus consistant en une déloyauté contractuelle (1237). Au contraire, le Professeur Stoffel – Munck précise que l'intérêt de ce visa est d'inviter le commentateur à ne pas raisonner en termes de comportement, mais plutôt sur le contenu des motifs eux-mêmes afin de rechercher la justification objective du refus (1238).

756. — **Conséquences.** La première et unique conséquence pratique de cet arrêt sera sûrement une rédaction plus évasive des clauses d'agrément, ainsi *« moins la clause en dira, et donc en promettra, plus la situation du contractant en charge de ce choix sera confortable »* (1239), il suffira pour le fournisseur de ne prévoir aucune indication ni précision quant aux motifs de la décision afin de limiter l'intervention du juge au contrôle de l'abus. Eriger en obligation la motivation du refus d'agrément peut avoir une conséquence sur l'obligation de motiver la décision de rupture d'une relation contractuelle. En effet ; à notre avis l'admettre dans le premier cas entraîne admission pour le second, puisqu'en pratique refuser la circulation d'un contrat et le rompre sans motifs emportent les mêmes conséquences préjudiciables, l'un ne peut céder son fonds de commerce aux meilleures conditions, et l'autre peut être placé dans une situation de grande précarité contractuelle. Cette influence doit, selon nous, limiter l'introduction de l'obligation de motiver au stade la procédure d'agrément.

757. — **Clause d'agrément implicite.** Ce risque semble être une réalité juridique, si l'on se réfère à un arrêt de la Cour de cassation, le 03

1235 JCP G 2003, II, 10023, note D. Mainguy.
1236 RDC 2003, n° 1, p.152, note M. Behar-Touchais.
1237 Peut-être est-on face à un nouvel exemple de la crise que connaîtrait le droit des contrats en raison du rapprochement inéluctable entre les deux corps de responsabilité que nous connaissons en droit français (Cf. sur ce point l'analyse critique de M. P.Rémy, « La responsabilité contractuelle : l'histoire d'un faux concept » ; RTD. civ. 1997, p.323.).
1238 Ph. Stoffel – Munck sous Com. 02 juillet 2002; RDC 2003, n°1, p.50.
1239 JCP éd. E 2003, Chron. 543, obs. J.L Respaud.

novembre 2004, au sein duquel elle a affirmé que les juges du fond, déterminant souverainement le contenu du contrat verbal de concession, ont pu retenir qu'il incluait l'impossibilité de céder le contrat sans accord préalable du concédant, dont le droit d'agrément était limité par l'abus. L'abus, en l'espèce, consistait en un refus d'agréer le successeur de son concessionnaire pour préférer confier la distribution de des produits à un autre concessionnaire situé dans un départemant limitrophe. La société concédante évitait ainsi au nouveau distributeur de racheter l'activité developpée par l'ancien distributeur. Le second chef de condamnation était relatif à la rupture du contrat intervenue, selon la Cour, sans aucun motif, bien que « *l'activité développée par la société CMG dans la distribution des produits Manitou soit en progression importante afin d'octroyer à une autre société le territoire de la concession, sans permettre à la société CMG de retirer la juste contrepartie de huit années de développement de la clientèle Manitou sur le secteur* » (1240), autrement dit l'abus dans la rupture trouvait sa source dans le refus d'agrément, et non pas dans les circonstances de la rupture elle-même. De plus comme le fait justement remarquer Mme Le Professeur M. Béhar-Touchais, affirmer que la société contractante n'a pu *retirer* « *la juste contrepartie de huit années de développement de la clientèle Manitou sur le secteur* » fait pressentir une qualification sous-jacente à cette relation contractuelle : le mandat d'intérêt commun ! Il ne semble cependant pas opportun d'accorder une grande importance à cet arrêt dans la mesure où il n'a pas été publié, mais quoique qu'il en soit « *la motivation [qui] aurait toutefois mérité plus de prudence, si l'on ne veut pas assister à une inflation artificielle du contentieux de la distribution* » (1241).

F. LA CARACTERISATION DE L'ABUS

758. — **Finalité de la clause.** Indépendamment de la question de la portée de l'arrêt du 02 juillet 2002 se pose plus largement la question de la caractérisation de l'abus, pour cela le Professeur Stoffel – Munck nous propose une analyse issue directement de la finalité de la clause d'agrément (1242), afin de déterminer si le refus d'agrément est invoqué conformément à cette finalité (à « *la raison d'être* » de la clause selon les mots de l'auteur) et le cas échéant caractériser l'abus dans la mise en œuvre de la clause. La finalité d'une telle clause est de « *protéger certains intérêts de l'agréant face à la possibilité ferme de cession par hypothèse reconnue au cocontractant* »

1240 Com. 03 novembre 2004, Sté Manitou c/ CMG, n° 02-17919 ; RDC 2005, n°4, p.1130, note M. Béhar-Touchais. Cette espèce n'est pas relative à un contrat de distribution automobile mais à un contrat de distribution exclusive, malgré cette circonstance la solution qu'il retient pourrait être étendue théoriquement à tous les contrats dans lesquels l'exclusivité est un principe fondamental.
1241 Com. 03 novembre 2004, Sté Manitou c/ CMG, n° 02-17919 ; RDC 2005, n°4, p.1130, note M. Béhar-Touchais.
1242 Ph. Stoffel – Munck sous Com. 02 juillet 2002; RDC 2003, n°1, p.50.

(1243), le juge devrait être autorisé à sanctionner un abus par application de l'adage « *cessat lex, cessante ratio legis* » à la loi du contrat.

759. — **Motifs valables.** Au regard de ces considérations, il est intéressant d'évoquer l'apport de l'arrêt du 05 octobre 2004 quant la caractérisation de cet abus (1244), un concessionnaire souhaitait céder son activité de vente de véhicules automobiles et avait trouvé un repreneur, la transaction était subordonné à l'agrément du concédant. Ce dernier refusa tout en encourageant le repreneur potentiel à se porter acquéreur d'un autre site de vente. Invoquant l'ingérence du concédant dans les affaires de son concessionnaire, la Cour d'appel de Paris le 02 mai 2002 (1245) conclut que le refus d'agrément avait été opposé de mauvaise foi, le concédant avait fait « *illégitimement obstacle à la vente projetée* » en détournant l'agrément de sa finalité. M. le Professeur Ph. Stoffel – Munck semblait avoir été entendu par la Cour d'appel de Paris ; la clause avait été détournée de sa finalité, sa mise en œuvre était étrangère à tout menace mais reposait davantage sur des considérations malveillantes selon l'auteur (1246). Sur pourvoi du concédant, la Cour régulatrice sanctionna une telle solution car les motifs retenus sont « *impropres à établir que le refus d'agrément critiqué, lequel pouvait être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément, était illégitime* ».

760. — **Conclusions.** Quels principes doit-on tirer de cet arrêt ? Nous les synthétiserons autour de quatre axes :

- La Cour de cassation ne consacre pas davantage une obligation générale de motivation du refus d'agrément,
- Elle s'attache exclusivement à rechercher un possible abus dans la mise en œuvre de la clause,
- Il est possible de voir transparaître dans cette solution un certain renouveau de la notion d'intuitus personae en affirmant que le refus « *pouvait être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à*

1243 Ph. Stoffel – Munck sous Com. 02 juillet 2002; RDC 2003, n°1, p.50.
1244 Com. 05 octobre 2004, n° 02-17338 ; Juris – Data n° 2004-025096; D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Refus d'agrément et circonstances de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ? » ; Lamy Droit civil 2005/12, n° 478 – RTD. civ. 2005, p.128, obs. J. Mestre et B. Fages – JCP éd. G. 2005, I, 114, obs. M. Chagny – RDC 2005, n° 2, p.384, obs. M. Behar-Touchais – Contrats, conc. consom. 2005, comm. n° 1, obs. L. Leveneur. Cet arrêt comporte deux volets intéressants, nous évoquons à ce stade l'étude exclusivement la question du refus d'agrément, l'autre volet, à savoir les circonstances de la rupture du contrat seront analysées ultérieurement.
1245 CA Paris, 5ème Ch., section B, 02 mai 2002 ; JCP éd. E 2002, I, 1508, note R. Bertin – RDC 2003, n°1, p.50, note Ph. Stoffel – Munck.
1246 Ph. Stoffel – Munck sous CA CA Paris, 5ème Ch., section B, 02 mai 2002 ; RDC 2003, n°1, p.50.

l'agrément », en effet elle privilégie ici une appréciation objective de la notion (1247),

- Enfin, l'arrêt est particulièrement illustratif d'une démarche globale de la Cour visant à consacrer une conception utilitariste de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat (1248).

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

761. — Si nul ne peut être forcé à rester dans les liens du contrat, il ne peut en revanche être question d'une cession totalement libre en matière de contrats de distribution. Les membres d'un même réseau de distribution peuvent en revanche être autorisés à transmettre leur contrat au sein du réseau sous réserve que la cession soit opérée entre titulaires de contrats de distribution similaires. La cession du contrat vers un opérateur non membre du réseau de distribution reste cependant limité par le jeu d'une clause d'agrément.

762. — Il s'agit pour le fournisseur de conserver indirectement la maîtrise légitime de son réseau de distribution et de préserver l'intuitus personae imprégnant la relation contractuelle. La clause d'agrément devient ainsi un outil juridique particulièrement efficace, notamment en l'absence de consécration expresse par la Cour de cassation de l'obligation de motiver le refus d'agrément.

1247 Ce changement de cap a été remarqué par la doctrine, M. Le Professeur D. Mainguy l'avait évoqué à propos de l'arrêt du 02 juillet 2002 ; Cf. cette étude > section Intuitus personae.

1248 D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Refus d'agrément et circonstances de la rupture d'un contrat de concession : nouveau recul de la loyauté contractuelle ? » ; Lamy Droit civil 2005/12, n° 478.

TITRE SECOND

LA DIMENSION PROSPECTIVE

763. — A ce stade de l'étude, nous avons seulement envisagé les impacts directs en droit des contrats du règlement n°1400/2002, autrement dit il s'agissait de mettre en exergue les exigences contractuelles auxquelles devaient se plier les opérateurs. Cependant, il faut aussi s'intéresser aux conséquences indirectes de l'entrée en vigueur du règlement, un tel bouleversement juridique est ainsi susceptible d'atteindre la nature même du contrat de distribution (Chapitre 1) et l'organisation sur laquelle il repose (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA DISPARITION DU CARACTERE INTUITU PERSONAE DU CONTRAT

764. — **Définition.** Selon la définition tirée du Vocabulaire juridique du professeur Cornu, cette expression *« d'intuitus personae »* est employée pour caractériser les opérations dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle, en raison notamment de ses aptitudes particulières, de la nature du service. Plus précisément, il y contrat conclu *« intuitu personae »* (1249) dès lors qu'un *contractant « au lieu de considérer uniquement la prestation qu'il attend de ce contrat, considère également la personne qui fournit ladite prestation »* (1250). La généralité d'une telle définition nous permet de considérer qu'elle est poly forme (1251) et recouvre donc plusieurs hypothèses ; d'abord il peut être d'intensité variable, l'on parlera de fort intuitus personae lorsqu'il ressort de l'essence du contrat, ou au contraire de faible intuitus personae lorsque les parties en auront décidé. Ensuite, l'intuitus personae peut être unilatéral ou bilatéral, il peut concerner tout autant la personne débitrice du rapport d'obligations que la personne créancière, et relever d'une appréciation objective ou subjective. Enfin, il peut être statique si le changement de personne entraîne extinction du contrat, et dynamique si une hypothèse de circulation du contrat est envisageable.

765. — **Remise en cause.** Ses caractéristiques ne sont pas remises en cause en tant que telles, la principale controverse autour de la notion d'intuitus personae est essentiellement relative à son actualité, ainsi, il est légitime de se demander si l'évolution des contrats d'affaires a entraîne l'affaiblissement de la notion ? L'affaiblissement de la notion *« d'intuitus personae »* dans les contrats de distribution d'automobiles et de services de réparation et d'entretien, par l'entrée en vigueur du règlement, est une critique récurrente de la doctrine. Le Professeur Le Tourneau constate, pour

1249 Sur la notion : F. Valleur, L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris, 1938 – G. Durry, Les restrictions conventionnelles au libre choix du contractant, thèse Paris, 1957 - M. Contamine-Raynaud, L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris II, 1974 – L. Aynès, La cession de contrat, Economica, 1983.- G. Kostic, L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse Paris V, 1997 - D. Krajeski, L'intuitus personae dans les contrats, Thèse Toulouse, 1998 - Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitu personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200.

1250 L'intuitus personae dans les contrats, M. Contamine-Raynaud, thèse Paris II, 1974, p.33.

1251 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitu personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°34 – Dans le même sens : ME André, L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels, in Mélanges Cabrillac, Dalloz-Litec 1999, p.23.

sa part, que la notion n'est pas en déshérence (1252), contrairement à un autre auteur ayant évoqué « *l'élimination de l'intuitus personae dans les contrats* » (1253), en effet « *l'amitié n'est pas inconnue du monde des affaires ; mieux, il est des contrées dans lesquelles les pourparlers relatifs à la conclusion de grands contrats n'aboutiront que si les négociateurs ont su créer précisément un climat de confiance et d'affinités frôlant la véritable amitié* » (1254), autrement dit le contenu de certains contrats tels que le franchise, l'assistance technique, l'ingénierie démontrent que la notion est « *bien vivante* » (1255).

766. — Or cette notion qui caractériserait de nombreux contrats de distribution (section 1) se révèle être, aux yeux de la Commission, un frein au libre jeu de la concurrence (section 2).

SECTION 1 : L'INTUITUS PERSONAE DANS LES CONTRATS CADRES DE DISTRIBUTION

767. — Il est largement admis que le contrat cadre de distribution est un contrat au sein duquel règne un fort intuitus personae ; le distributeur et le fournisseur ont décidé de contracter qu'en raison de la personnalité du contractant et des perspectives que chacun peut apporter au but économique poursuivi. Afin d'identifier précisément l'impact pratique de la notion (Paragraphe 2), il est au préalable impératif d'en dessiner les contours théoriques (Paragraphe 1).

PARAGRAPHE 1 :L'INTERET THEORIQUE DE LA NOTION D'INTUITUS PERSONAE

768. — Si la nature de la notion est aujourd'hui clairement posée (A), son régime reste davantage soumis à une fluctuation juridique qu'il convient de détailler (B).

1252 Deux facteurs d'évolution du droit ont été à l'origine de cette tendance dénoncée par le Professeur Le Tourneau : le développement en pratique des contrats d'adhésion et des contrats impersonnels (c'est-à-dire ceux pour lesquels la personnalité des contractants n'est pas une condition du consentement des parties), et le fait que certains contrats traditionnellement conclus à titre gratuit le sont désormais à titre onéreux tels que le dépôt ou le mandat.
1253 M. Azoulai, L'élimination de l'intuitus personae dans les contrats in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, sous la direction de P.Durand, LGDJ 1960, p.1.
1254 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitu personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°2.
1255 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitu personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°10.

A. LA NATURE DE LA NOTION

769. — **Identité du contractant.** Le premier aspect de cette notion recouvre en réalité une dimension pratique que l'on peut rattacher l'identité du contractant. Au sens civil et sociologique du terme il s'agit du « *fait pour une personne d'être tel individu et de pouvoir être également reconnue pour tel sans nulle confusion grâce aux éléments qui l'individualisent* » (1256). Un auteur a définit plus précisément en droit civil cette notion, l'identité d'une personne est « *l'état d'un contractant correctement individualisé* » (1257), en droit des contrats elle peut se résumer en « *la confiance réciproque entre les parties* » (1258), et découle directement du principe de loyauté issu du droit commun des contrats. Elle ne serait cependant pas être confondue avec celle de bonne foi contractuelle de l'article 1134, al. 3 du Code civil, en effet elle repose sur des critères subjectifs directement tirés des liens personnels entretenus par les parties, alors que la bonne foi est davantage une notion objective.

770. — **Extentions sémantiques.** Les éléments de cette individualisation de la personnalité des contractants ne sont finalement que les qualités qui fondent son existence, ce sont sa compétence, son savoir-faire, sa réputation, son expérience (1259), à ces éléments moraux peuvent s'ajouter des considérations patrimoniales comme la valeur du patrimoine, la solvabilité du cocontractant. Cette dernière facette de la notion peut recevoir une qualification plus précise, le Professeur Le Tourneau l'intitule « *l'intuitu bonorum* » (1260) et y englobe tout autant la fortune du cocontractant que sa solvabilité, et ceci à plus forte raison lorsque l'obligation en cause est pécuniaire (1261).

1256 Dictionnaire Petit Robert.
1257 JF Renucci, L'identité du cocontractant ; RTD com. 1993, p442.
1258 A. Chirez, De la confiance dans le domaine contractuel, Thèse Nice, 1977.
1259 Pour un exemple : CA Paris, 03 novembre 1994, RJDA 1995, n° 406 ; D. 1996, somm. p.115, obs. D. Mazeaud ; « La résiliation d'un contrat entre l'organisateur d'un salon et un exposant doit être prononcée ainsi que le remboursement des sommes déjà versées à titre d'acompte lorsque le contrat a été cédé par l'organisateur à un autre organisateur et que, s'agissant de relations publiques, la réputation, la renommée, l'expérience du prestataire de service sont prédominantes en permettant d'attirer un nombre plus ou moins grand de participants de plus ou moins bonne qualité ainsi qu'un plus ou moins grand nombre de visiteurs, alors qu'il résulte en outre des conventions que l'exposant s'était déterminé en fonction des capacités de ce dernier à organiser le salon et à effectuer toutes opérations de relations publiques ».
1260 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitu personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°17.
1261 G. Kostic, L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse Paris V, 1997, n° 378 et s., D. Krajeski, L'intuitus personae dans les contrats, Thèse Toulouse, 1998, n° 410. Pour une application originale de la notion face à une obligation de nature pécuniaire : D. Houtcieff, Contribution à l'étude de l'intuitus personae, remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution ; RTD civ. 2003, p.3 et s.

771. — **Dimension subjective.** Une telle conception subjective de *l'intuitus personae* a des conséquences directes importantes (1262) : tout d'abord elle entraîne la création d'un régime dérogatoire au droit commun des contrats, ainsi un contrat conclu intuitu personae ne se rompt pas dans les mêmes conditions qu'un contrat régit par le droit commun, ensuite le contrôle du juge, par exemple sur les conditions de rupture, s'en trouve d'autant restreint.

772. — **Dimension objective.** A coté de cette dimension essentiellement subjective de la notion, il en existerait une autre, davantage objective, fondée sur le risque conçu comme l'éventualité d'un événement lié à une opération juridique et remettant en cause la finalité de cette opération ; ainsi « *la considération de la personne [...aurait...] pour but de garantir l'accomplissement de la finalité contractuelle* » (1263). L'évaluation du risque ne serait liée qu'aux qualités objectives de la personne telles que l'expérience, la compétence. Cette conception permettrait au juge d'exercer un contrôle approfondi et n'empêcherait pas le contrat en cause d'être soumis au droit commun. Une autre déclinaison objective de l'intuitu personae est l'intuitu societatis, autrement nommé « *intuitu firmae* », ce n'est plus la considération de la personne physique dans son individualité mais la considération d'un groupe, autrement dit l'intuitu personae appliqué à une personne morale. Il comporte plusieurs aspects différents qu'il convient d'évoquer (1264) :

- L'identité, la réputation et la solvabilité d'une entreprise (cet aspect revêt une importance primordiale dans les contrats de crédit)
- L'intuitu firmae peut être rattaché à la personnalité des associés, la personnalité de ces associés est alors à l'origine de la conclusion du contrat avec la personne morale.
- Enfin, le choix de contacter avec telle personne morale plutôt qu'une autre peut être dicté par l'exécution particulière de la prestation de service.

G. LE REGIME DE LA NOTION

773. — **Particularités.** M. Azoulaï a pu affirmer que « sous sa forme absolue, on reconnaît à l'intuitus personae, les différents effets suivants : 1° L'offre de contrat n'est jamais ferme : c'est un simple proposition d'entrer en pourparlers ; 2° Le refus de contracter n'est pas source de responsabilité : il

1262 D. Krajeski, D. 2001, p.1345.
1263 D. Krajeski, D. 2001, p.1345. RECH dans sa thèse les dev.
1264 Distinctions tirées de l'étude du Professeur Le Tourneau in Contrat « intuitu personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°28.

repose, en effet, sur des relations personnelles ; 3° Le contrat peut toujours être annulé s'il s'y est glissé un erreur sur la personne ; 4° Les obligations découlant du contrat sont rigoureusement personnelles à ceux qui y sont assujettis. Ils ne peuvent pas les céder, ni les faire exécuter par un tiers. Ils ne les transmettent pas à leurs ayants cause universels ou à titre universel ; 5° La faillite, la déconfiture, ou l'interdiction d'u contractant sont parfois la cause de l'extinction du contrat ; 6° Enfin, dans certains cas, le contrat marqué d'intuitus personae peut être résolu par la volonté unilatérale d'une des parties » (1265). Malgré l'énoncé complet de M. Azoulaï, nous pouvons tenter une synthèse en considérant qu'un contrat conclu intuitu personae obéit aux règles issues du droit commun des contrats, mais un bon nombre d'entre elles sont spécifiques à cette qualification d'intuitu personae, et ce au regard de la formation (1), de l'exécution (2), et enfin de l'extinction du rapport d'obligation (3).

1°) Intuitus personae et formation du contrat

774. — **Caractéristiques de l'offre.** Le contrat conclu « *intuitu personae* » n'est conclu que si le pollicitant a donné l'agrément à la personnalité de l'acceptant ; cet agrément peut être acquis *ab initio* dans le cas où l'offre est faite à personne déterminée, ou au contraire *a posteriori* si l'offre est adressée à un personne indéterminée ou à un groupe de personne indéterminée. Dans ce dernier cas, la réserve d'agrément est implicite dans le contrat (1266), et cette caractéristique a pu conduire certains auteurs à écarter la qualification d'offre pour préférer celle d'une invitation à entrer en pourparlers (1267). Un exemple est significatif est la pratique dite des « *appels d'offre* » ; au sein de cette proposition de contracter « *l'offrant propose seulement de conclure un contrat déterminé, dont il laisse le soin aux destinataires de préciser les modalités ; le véritable offrant est donc la société soumissionnaire qui, répondant à l'appel, propose un contrat précis à des conditions déterminées* » (1268).

775. — **Refus de contracter.** La question de la réserve d'agrément revêt un intérêt tout particulier au regard de la police des différents refus de contracter (1269), en effet, selon la qualification retenue, le juge pourra être amené à accorder au candidat déçu l'octroi d'une somme à titre de dommages et intérêts, et plus rarement à ordonner la conclusion du contrat

1265 M. Azoulai, L'élimination de l'intuitus personae dans les contrats in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, sous la direction de P.Durand, LGDJ 1960, p.2.
1266 L'intuitus personae dans les contrats, M. Contamine-Raynaud, thèse Paris II, 1974, n° 61.
1267 F. Valleur, L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris, 1938, n° 85.
1268 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitu personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°65.
1269 JC Serna, Le refus de contracter ; LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 76, 1967 ; JP Desideri, Les discriminations dans le choix de son contractant, Droit et Patrimoine 1998, n° 60, p.52.

si les parties ont entendu dépasser la simple qualification d'invitation à entrer en pourparlers (1270). Mais cette sanction se heurte alors au principe d'exécution volontaire d'un contrat conclu intuitu personae issu de l'article 1142 du Code civil et de l'interprétation jurisprudentielle qui en découle. La liberté du pollicitant n'est cependant pas pleine et entière en ce qui concerne l'agrément de son contractant, il doit veiller à ne pas enfreindre le droit de la concurrence (1271) et ne doit pas s'immiscer excessivement dans la vie privée du candidat à la conclusion du contrat (1272). Rappelons enfin sur ce point que le principe de non-discrimination contenu à l'article 225-1 du Code pénal interdit aux agents économiques, qu'ils soient personnes physiques ou morales, de tenir compte de critères discriminatoires dans le choix de leur partenaire économique.

776. — **Erreur.** L'autre intérêt théorique de la considération de la personne au stade de la formation du contrat réside dans la possibilité d'en demander l'annulation pour erreur sur la personne, en effet l'erreur sur la personne ne se justifie que dans ces hypothèses de contrats (1273). En pratique, l'erreur sur l'identité financière du contractant ne justifie pas l'annulation ultérieure d'un contrat, en effet la Cour de cassation a pu être amenée à rejeter une telle erreur en matière de contrat de crédit ou de cautionnement conclus intuitu personae (1274). Les Professeurs R. Cabrillac et Ch. Mouly justifie une telle sévérité de la Cour par le fait que « *le cautionnement est une sûreté qui doit, par principe, résister aux modifications de ce type sous peine de perdre son efficacité* » (1275).

2°) Intuitus personae et exécution du contrat

777. — La question de l'exécution du contrat recouvre deux situations spécifiques à expliciter au sein de cette étude ; en effet affirmer qu'un contrat est conclu intuitu personae a-t-il pour conséquence

1270 Cf. au sein de cette étude p... refus d'agrément
1271 Cf sur ce point section 2 du présent chapitre.
1272 TGI Carpentras, 9 juin 1999 ; RTD civ. 2000, p.562, obs. J. Mestre et B. Fages ; « il n'appartient pas à une commune, pour refuser d'effectuer le branchement au réseau communal d'eau potable d'une habitation donnée en location, de discuter de la validité du contrat de bail auquel elle n'est pas partie, ni d'obtenir la vérification de la validité de la curatelle sous laquelle est placé le bailleur, ni de contrôler les dispositions testamentaires de celui-ci quant au devenir de l'immeuble ».
1273 Pour un exemple récent : Com., 19 novembre 2003 ; Bull. civ. IV, n° 172 ; D. 2004, AJ. 60, obs. Avena-Robardet ; RLDC 2004/6, n° 254, note Garron et RTD civ. 2004, p.86, obs. J. Mestre et B. Fages. : «Mais attendu que c'est sur le fondement de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil que la cour d'appel a retenu l'existence d'une erreur commune aux parties lors de la conclusion du contrat de cautionnement portant sur une qualité substantielle du débiteur principal, à savoir son interdiction d'exercer une activité commerciale, et décidé que le consentement de la caution avait été vicié ; que le moyen n'est pas fondé ».
1274 Cass. , civ. 19 mars 1985, n°84-10533 ; Bull. civ. I, n° 98 – Cass. com. 06 juin 1985, Bull. civ. IV, n° 153.
1275 R. Cabrillac et Ch. Mouly, Droit des sûretés, 4ème éd. 1997, Litec, n° 312.

impérative l'exécution personnelle de l'obligation (a), ou au contraire peut-on envisager librement une circulation de ce contrat (b) ?

a. L'exigence d'exécution personnelle du contrat

778. — **Principe.** L'exécution d'un contrat conclu « intuitu personae » doit être personnelle à la personne des cocontractants dès lors que « *le choix de la personne du cocontractant a pour but essentiel d'assurer une meilleure exécution ou*, tout au moins, une exécution des obligations plus conforme à la volonté des parties » (1276). Ce principe s'est vu consacrer en partie légalement par l'article 1237 du Code civil qui dispose que « *l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même* ».

779. — **Sous traitance.** Cette exigence s'inscrit en faux dans un mouvement d'ensemble de la gestion d'entreprise qui tend à privilégier l'externalisation de certaines activités, la conclusion de sous contrats se définit alors comme « *l'opération par laquelle une partie contractuellement liée à u premier partenaire contracte avec un second jusqu'alors étranger à la relation initiale (le sous contractant) pour l'associer à l'exécution du contrat initial* » (1277), et la pratique la plus fréquente reste la conclusion d'un contrat de sous-traitance. Cependant cette possibilité d'adjoindre un sous contrat au contrat initial peut être limitée lorsque la confiance placée dans le débiteur est synonyme de qualité d'exécution.

b. La circulation du contrat

780. — **Cession limitée.** Si a priori, la conclusion d'un contrat intuitu personae ne permet pas à une partie de transférer à un tiers sa position contractuelle (1278), sauf à constater l'accord du contractant cédé (1279), la pertinence d'une limite reste à définir. Aux termes du règlement n° 1400/2002 le fournisseur peut limiter par voie contractuelle la circulation du contrat en dehors du réseau, et ceci notamment lorsque la cession hors réseau s'opère vers d'autres professionnels de la distribution, compétents, structurés et légitimement soucieux de saisir des opportunités de développement. Cette limite à la libre semble légitime puisqu'elle constitue

1276 L'intuitus personae dans les contrats, M. Contamine-Raynaud, thèse Paris II, 1974, p.301.
1277 P.Mousseron, J Raynard, JB Seube, Technique contractuelle, ed. F. Lefebvre 2005, n° 1231.
1278 Pour un exemple : CA Paris, 03 novembre 1994, RJDA 1995, n° 406 ; D. 1996, somm. p.115, obs. D. Mazeaud, Cf. note n°8 ci-dessus.
1279 Dans le cas d'un accord du contractant cédé, aucune règle ne s'oppose au changement de partenaire contractuel, pour un exemple Cf. Com. 7 janvier 1992 ; D. 1992, somm. p.278, obs. L. Aynès, JCP éd. G 1992, I, 3591, n° 17, obs. Ch. Jamin, Contrats, conc., consom., 1992, n° 110, et plus récemment Civ. 1ère 6 juin 2000 ; RTD civ. 2000, p.571, obs. J. Mestre et B. Fages : « le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti ».

une garantie à la remise en cause de l'organisation de la distribution en réseau, l'on ne peut soutenir que le fournisseur n'ait aucun contrôle sur le changement de direction ou de capital de ses distributeurs, ne serait-ce qu'au regard du respect des normes commerciales mises en place, il ne peut préjuger de ce respect par un distributeur qu'il ne connaît pas. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille s'opposer par principe aux nouveaux entrants dans le réseau, bien au contraire il est alors nécessaire de permettre à ce distributeur potentiel de concourir à la qualité de distributeur agréé.

c. Intuitus personae et extinction du contrat

781. — L'influence de la notion d'intuitus personae sur l'extinction du contrat est quasiment identique à celle attachée à la circulation du contrat, identique en ce sens que la distinction opérée par le Professeur Aynès s'applique dans les mêmes conditions. Matériellement, M. le Professeur Le Tourneau a caractérisé deux hypothèses qu'il convient d'expliciter dans la présente étude (1280) : les conditions de résiliation d'un contrat conclu intuitu personae (i), et les conséquences à attacher au décès de l'une des parties (ii).

- *i. Les conditions de résiliation d'un contrat conclu intuitu personae*

782. — L'auteur distingue ici encore deux situations, selon que l'on traite d'un contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée.

783. — **Contrat à durée indéterminée.** En pareil cas, l'influence de la notion est à préciser au regard de la cause de la rupture, en effet en la matière le principe est la libre rupture, sauf à respecter l'exigence d'un préavis raisonnable, dès lors que la confiance entre contractants disparaît, cette disparition pourra alors très certainement constituer un motif légitime de rupture.

784. — **Contrat à durée déterminée.** Alors qu'il aurait été aisé d'affirmer que l'influence de la notion d'intuitus personae au sein d'un contrat à durée déterminée est quasi nulle du fait de l'irrévocabilité par principe de ce type de contrats, le Professeur Le Tourneau nous propose une vision renouvelée de la question (1281). En effet, si le contrat est conclu intuitu personae peu importe la durée du contrat, la disparition de cette confiance entre les parties devrait conduire à la rupture des relations contractuelles. A titre d'illustration d'une telle affirmation, l'auteur évoque le principe de libre révocabilité du contrat de mandat contenu au sein de

1280 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitus personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°84 et s.
1281 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitus personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°86 et s.

l'article 2004 du Code civil (1282). Il conclut à la règle suivante : « *dans tout contrat intuitu personae, la résiliation unilatérale est toujours possible lorsque l'affectio contractus , fondée sur la confiance, déterminante du consentement, vient à cesser, quelle qu'ait été l'origine de cette confiance : compétence, expérience, notoriété, etc., et quelle que soit la cause de la perte de la confiance [...] C'est que le changement survenu détruit l'équilibre initial du contrat (1283) [...] Ainsi, l'attache personnelle dans un contrat le fragilise quelque peu, impliquant la persistance, durant toute sa durée, du consentement des parties (1284)* » (1285).

- *ii. Le décès d'un contractant.*

785. — **Continuité du contrat.** Le Code civil donne ici une réponse de principe aux conséquences à attacher à un tel événement sur la vie du contrat (1286), l'article 1122 dispose que « *on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ». Il est donc ainsi affirmé le principe de la continuité du contrat au profit des ayants droits du contractant décédé, sauf stipulation contraire ou encore si la nature de la convention s'oppose à une telle transmission pour cause de mort. Cette dernière exception au principe concerne incontestablement les contrats conclus intuitu personae, l'on comprend aisément que la confiance placée en une personne ne se transmet pas à ses héritiers ! Le législateur a ainsi décidé que la disparition d'un contractant pour certains types de contrat entraînait dissolution du contrat dont il était partie (1287).

PARAGRAPHE 2 L'INTERET PRATIQUE DE LA NOTION

786. — **Intuitus personae intrinsèque ou extrinsèque.** L'on a coutume d'affirmer que certains contrats sont des contrats *intuitu personae*

1282 Article 2004 du Code civil : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute ».

1283 Cass. com., 1er févr. 1994 : Contrats, conc., consom. 1994, n° 93, obs. L. Leveneur : résiliation d'un contrat de franchisage aux torts du franchiseur qui, notamment, n'avait pas la notoriété promise.

1284 Comp.M. Contamine-Raynaud, L'intuitus personae dans les contrats, thèse Paris II, 1974, n° 269- G. Kostic, L'intuitus personae dans les contrats de droit privé, Thèse Paris V, 1997, n° 590 s. , ce dernier qualifie cette faculté de résiliation unilatérale de "summum des effets de l'intuitus personae » ?

1285 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitus personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°89.

1286 P.Blondel, *La transmission à cause de mort des droits extra-patrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, préface A. Ponsard, LGDJ, 1969. – M. Behar-Touchais, *Le décès du contractant*, préface G. Champenois, Économica, 1988.

1287 Ex : article 1795 du Code civil « Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur »- L. 24 juillet 1966, art. 21 : le décès de l'un des associés d'une société en nom collectif entraîne la dissolution de la société.

par essence, alors que d'autres le sont par la volonté des parties. La première catégorie est notamment constituée des contrats à titre gratuit, telle la donation, des contrats d'entreprise qui comportent une prestation personnelle d'ordre intellectuel, du mandat et enfin du contrat de travail (1288). L'on ne peut dresser une liste illustrative des contrats conclus intuitu personae du fait de la volonté des parties tant les schémas contractuels sont multiples ; la volonté peut être explicite ou implicite (1289)**,** le caractère intuitu personae du contrat peut n'être affirmé qu'au regard d'une seule clause (par exemple relativement à la cession du contrat) ou imprégner tout le contrat (ce caractère est alors affirmé par exemple en préambule du contrat). Les contrats pour lesquels l'intuitus personae ne résulte que de la volonté des parties ne peuvent faire l'objet d'une liste exhaustive dès lors que les parties sont libres d'en faire l'une des caractéristiques essentielles de leur contrat ou d'y renoncer.

787. — **Qu'en est-il du contrat de distribution ?** A priori dès lors que les parties nouent des relations étroites de partenariat et entendent participer plus largement à la mise en place d'un réseau de distribution efficace, il semble logique et légitime d'affirmer que le contrat de distribution est un contrat conclu intuitu personae par essence (1290). A l'inverse, si l'on considère que la notion d'intuitus personae n'est qu'éminemment subjective ; c'est l'hypothèse du « c*oup de foudre contractuel* » […] (1291), il faudrait alors logiquement conclure que « *les contrats d'affaires ne seraient pas, par principe, conclus intuitus personae car ce n'est que rarement la personne ou la personnalité du contractant qui importe. Ce sont certaines de ses qualités, de ses aptitudes* » (1292).

788. — Malgré ces considérations, nous pouvons tenter de caractériser la présence de la notion au sein des différents contrats de distribution « *classiques* », du moins en considérant la notion dans sa

1288 M. A Péano, « L'intuitus personae dans le contrat de travail », Dr. soc. 1995, p.129. L'auteur nuance cependant l'affirmation selon laquelle les contrats de travail sont par essence conclus intuitu personae, il considère qu'« en mettant en œuvre une lutte contre les discriminations et les distinctions arbitraires entre les salariés, le droit positif est venu canaliser la prise en considération de la personne du salarié ».

1289 Civ., 1ère 24 février 1987, n° 85-16279; Bull. civ. I, n° 75 - RTD civ. 1987, p.739, obs. J. Mestre.

1290 Le Tourneau, Ph. Contrat « intuitus personae », J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200 – A. Seube, Le contrat de fourniture, Thèse Montpellier 1970, n° 650 et s. – G. Virassamy, Les contrats de dépendance, éd. LGDJ 1986, n°211 – D. Ferrier, « La rupture du contrat de franchisage » ; JCP 1977 éd., CI, II, 12441, n°44 et s., du même auteur, Droit de la distribution, Litec 2006, n°656 et 713 – R. Verniau, « Les sanctions de l'atteinte à l'image par un distributeur agrée » ; CDE 1991, n°1, p.27 – J. Gasti, Le contrat cadre, LGDJ 1996, n° 276 – M. Béhar – Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, LGDJ 1999, n°573 et s. – P.Mousseron, note JCP éd. G 1997, II, 22587 – L .Amiel Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1996, préface Y. Guyon – J. Huet, Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, LGDJ 1996, n°11626 – G. Kostic, L'intuitus personae dans les contrats droit privé, Thèse dactylo. Paris V, 1997.

1291 D. Mainguy, sous Com. 02 juillet 2002 ; JCP éd. G 2003, II, 10023.

1292 D. Mainguy, sous Com. 02 juillet 2002 ; JCP éd. G 2003, II, 10023.

dimension objective. Ainsi, si les auteurs semblent s'accorder à dire que le contrat de franchise recèle un fort intuitu personae (1), et ce en raison de la transmission du savoir faire, la question suscite davantage d'hésitations en matière de contrat de distribution automobile (2).

1°) Intuitus personae et contrat de franchise.

789. — **Importance du savoir faire.** Le contrat de franchise est généralement considéré comme porteur d'un fort intuitus personae, en raison notamment de la transmission du savoir faire (1293), le franchiseur s'assure que le candidat est apte à mettre en œuvre le savoir-faire. A l'opposé, le candidat franchisé opte pour tel franchiseur car son produit est synonyme de succès commercial, et qu'il lui transmet des méthodes spécifiques. L'on peut donc affirmer que la nature du contrat de franchise (1294) empêche sa transmission aux héritiers du franchisé (1295), ou encore à l'acquéreur du fonds de commerce de l'ex-franchisé, dans ces deux derniers cas, il est cependant préférable de traiter conventionnellement le sort du contrat au regard de ces deux causes d'extinction.

790. — **Exécution personnelle impérative.** La première conséquence de cette affirmation de principe est l'exécution personnelle de ses obligations par chacune des parties, cependant quelques exceptions sont venues tempérées un tel principe au nom du principe de liberté contractuelle et plus précisément la liberté de se délier des liens du contrat. Le franchiseur peut tout d'abord céder le réseau dans son ensemble, il doit pour cela informer au préalable le franchisé par écrit et en respectant un préavis raisonnable, le plus souvent de telles modalités sont encadrées conventionnellement. A l'inverse, le franchisé ne bénéficie pas d'une liberté équivalente en la matière, il doit exécuter personnellement le contrat et cela s'oppose à toute exécution du contrat par des tiers, dans le cas contraire, le franchiseur pourra valablement résilier le contrat (1296). Sur ce point, le Professeur Le Tourneau affirme même qu'une résiliation unilatérale peut

1293 CA Paris, 15 décembre 1992, JCP éd. G 1994, II, n°22205, note Ch. Jamin.
1294 Le législateur est venu préciser, par la loi Doubin du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, que le contrat de franchise était caractéristique d'un fort intuitus personae. Effectivement, imposer aux deux parties l'échange d'informations sur le patrimoine respectif, sur l'état et les perspectives du réseau….est significatif d'une telle prise en compte de la personnalité des contractants.
Pour une confirmation : Cf. Le Tourneau et M. Zoia in Franchisage, J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. n° 1045, n° 7 : « le contrat de franchisage est nécessairement marqué d'un fort intuitu personae [...] Cet intuitus personae est ici généralement bilatéral, chacun n'ayant contracté qu'en considération de l'autre ».
1295 O. Gast, La clause de personnalité ou « d'intuitu personae »dans les contrats de franchise, Les Petites Affiches, 18 décembre 1987, n° 151.
1296 CA Paris, 3 novembre 1994 : RJDA 1995, n°406.

intervenir en l'absence de toute clause résolutoire car la cession intervenue réduit alors à néant le lien spécial noué entre les parties (1297).

791. — **Cession limitée du contrat.** C'est ainsi qu'en raison de l'intuitus personae le contrat de franchise contient le plus souvent une clause d'agrément, le franchiseur doit ainsi donner son consentement à toute transmission du contrat. Cependant cette liberté du franchiseur a été limitée par les juges afin que cela ne devienne un pouvoir discrétionnaire totalement subjectif, bien au contraire les critères d'agrément doivent être teintés d'une certaine objectivité. Les sanctions de son refus ne sont pas clairement posées (1298), mais les clauses de préemption ou pacte de préférence établis à son profit sont valables. L'intuitus personae est parfois unilatéral car le franchiseur peut se réserver le droit de céder son contrat, les franchisés ne pourront pas s'opposer à la cession mais pourront mettre en cause le cessionnaire si celui-ci n'exécute pas ses obligations contractuelles de l'ancien franchiseur. Quant à la liberté de choix du partenaire contractuel, celle-ci est différente selon que le contrat prévoit une exclusivité territoriale ou non (1299). Si le franchisage est assorti d'une telle exclusivité territoriale, le franchiseur est *« libre de choisir et peut librement rejeter une candidature, sous réserve de l'abus »* (1300).

792. — **Intuitus personae unilatéral.** Malgré l'affirmation de principe ci-dessus évoquée selon laquelle la considération de la personne des contractants est bilatérale (1301), en pratique la notion est unilatérale, dans le sens om seule la disparition de la personne du franchisé pourra être à l'origine d'une résiliation du contrat.

2°) Intuitus personae et contrat de distribution de véhicules neufs et de services après-vente.

793. — **Distribution exclusive.** Le contrat de distribution exclusive de véhicules neufs et de service après vente semble lui aussi marqué d'une fort intuitus personae (1302), mais dans une moindre mesure que le contrat de franchise pour certains (1303). Pourtant, le fournisseur s'est essentiellement attaché aux compétences professionnelles de son

1297 Cf. Le Tourneau et M. Zoia in Franchisage, J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. n° 1045, n° 7 : « le contrat de franchisage est nécessairement marqué d'un fort intuitu personae [...] Cet intuitus personae est ici généralement bilatéral, chacun n'ayant contracté qu'en considération de l'autre ».
1298 Le contentieux de la franchise, Ch. Atias ; Ann Loyers 1994, p.933.
1299 Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution, M. Malaurie-Vignal ; JCP éd. E 1998, Comm. p.260.
1300 Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution, M. Malaurie-Vignal ; JCP éd. E 1998, Comm. p.260.
1301 Com., 7 mars 2000, no 97-15.396, RJDA 2000, no 756.
1302 J. Huet, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 1996, no 11614.
1303 Droit de la distribution, D. Ferrier, Litec 2006, n°713.

partenaire, et surtout à sa surface financière. A l'inverse, le distributeur s'est engagé uniquement en raison de la notoriété du produit et la qualité du réseau. Bref, même sans aucune référence à une quelconque exclusivité territoriale, ce contrat comme le contrat de franchise est un contrat conclut intuitu personae.

794. — **Distribution sélective.** En revanche, le contrat de distribution sélective semble moins marqué par cet intuitu personae dès lors que les autorités de la concurrence ont posé des conditions drastiques de validité des critères de sélection. Elles ont de surcroît limité considérablement la référence à un territoire d'exclusivité perçu comme anticoncurrentiel. L'exclusivité territoriale pourrait donc devenir à terme l'indice de la présence d'un certain intuitus personae dans le contrat, ainsi *« l'exclusivité territoriale accordée au revendeur imprime une forte dose d'intuitus personae car dans le territoire en cause, l'essentiel de la force de vente du fournisseur passe par celui qu'il a choisi »* (1304).

795. — **Portée de l'intuitus personae.** Alors que les autorités communautaires de concurrence ont tendance à réduire la portée des clauses d'intuitus personae en considérant qu'elles portent en leur sein trop d'effets anticoncurrentiels, les juges nationaux les envisagent avec bienveillance. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 25 avril 2003 (1305) en est une illustration, la société Galtier avait conclu avec la société Honda un contrat de représentation des motocycles de la marque sous l'enseigne Motorama en 1969. En 1998, un employé commercial du distributeur engagea des négociations avec le concédant, il souhaitait notamment créer une entité juridique qui aurait eu pour vocation exclusive de représenter les motocycles de la marque Honda. Ce projet aboutit en 1998 et donna lieu à la signature d'un nouveau contrat de distribution sous la seule signature de cet employé. Cette initiative ne fut pas du goût de sa direction, et un conflit s'installa, l'employé fut licencié quelques mois plus tard. Le concédant, en s'appuyant sur les termes du contrat conclu en 1998, décida de mettre fin aux relations contractuelles l'unissant à la société Galtier, plus précisément le contrat prévoyait une clause d'intuitus personae stipulant que le contrat était conclu en fonction « *de l'identité et de la qualification de ses propriétaires et dirigeants de droit et de fait et de celles de ses gestionnaires* » et qu'il pouvait être rompu en cas de « *modification de la direction du personnel de façon substantielle* ». Plus généralement, cet arrêt pose la question de la porté des clauses d'intuitus personae en cas de changement de direction du distributeur, et lorsque son capital change de main, autrement dit il s'agissait de savoir dans quelles mesures ces clauses pouvaient s'opposer à la patrimonialisation de l'entreprise, à la circulation

1304 J. Huet, Contrats spéciaux, LGDJ, 1996, n°11614.
1305 CA Paris, 3ème Ch. C, 25 avril 2003, Galtier c/ Honda Motor Europe ; Revue des contrats, 1er avril 2004, n° 2, p.499, obs. Ch. Bourgeon.

du capital social ? Aux termes de la solution des juges parisiens, il semble que ces clauses constituent un outil redoutable de contrôle de l'entreprise du distributeur par le concédant. Un tel contrôle peut se justifier lorsque le capital de l'entreprise est repris pour partie par un concurrent du concédant, en effet l'on ne peut obliger un fournisseur à investir dans le réseau d'un concurrent, mais il est alors légitime de se demander à partir de quel seuil il est opportun de considérer que le concédant peut résilier le contrat de concession. En revanche, dans le cas d'une reprise par un distributeur indépendant de toute influence d'un concurrent, l'on ne peut présumer que « *la prise de contrôle procède d'une intention nécessairement malveillante [...] l'entrée d'un investisseur au capital de l'entreprise ne doit pas être considérée comme justifiant à priori, la résiliation du contrat de distribution, seule l'atteinte démontrée aux intérêts commerciaux légitimes du fournisseur pouvant justifier l'application d'une telle clause* » (1306). De ce point de vue, l'arrêt est critiquable puisque par principe la rupture d'un contrat de distribution doit obéir à des critères objectifs, en l'espèce une résiliation ne se justifiait qu'au regard « *du contrôle de la compétence et du professionnalisme en cas de changement de responsable, ou du contrôle du respect des normes de structures financières requises pour un bon exercice de l'activité en cas de modification de l'actionnariat* » (1307). En remarque finale sur ce point, nous mentionnerons une confirmation récente de la Cour de cassation relativement au caractère intuitu personae du contrat d'agent revendeur (1308). Un concessionnaire de la société Volkswagen, a conclu un contrat intitulé "*contrat d'agent revendeur*" avec la société Garage Loustaunau Jean-Marie, la société de cet agent revendeur a fusionné avec la société Garage Loustaunau et fils, pour former la société Garage Loustaunau, le concessionnaire a notifié à la société Garage Loustaunau la cessation des relations commerciales en indiquant que « *pour un certain nombre de raisons exposées dans sa lettre, elle n'entendait pas nouer de relations contractuelles avec la nouvelle société* ». La Cour de cassation refusa d'y voir un abus en constatant que « *le contrat intitulé "contrat d'agent revendeur" prévoyait qu'il était "conclu intuitu personae" et que les droits et obligations du revendeur n'étaient "pas cessibles ou transférables que ce soit totalement ou partiellement, sans accord préalable et écrit du concessionnaire*" ».

1306 CA Paris, 3ème Ch. C, 25 avril 2003, Galtier c/ Honda Motor Europe ; Revue des contrats, 1er avril 2004, n° 2, p.499, obs. Ch. Bourgeon.
1307 CA Paris, 3ème Ch. C, 25 avril 2003, Galtier c/ Honda Motor Europe ; Revue des contrats, 1er avril 2004, n° 2, p.499, obs. Ch. Bourgeon.
1308 Com. 13 décembre 2005, n° 03-16878 ; Revue Lamy Droit des affaires 2006, n° 2, Act.

SECTION 2 : LE TRAITEMENT DE L'INTUITUS PERSONAE DANS LE REGLEMENT N°1400/2002

796. — Contrairement à l'opinion doctrinale selon laquelle la notion d'intuitus personae serait absente des contrats de distribution automobile du fait du règlement n°1400/2002 (Paragraphe 1), il est possible de lui redonner une certaine vigueur par la voie contractuelle (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : UNE DISPARITION APPARENTE DE LA NOTION D'INTUITUS PERSONAE

797. — **Intuitus personae et service après-vente.** Nous avons démontré tout au long de cette étude que la Commission, au nom de la liberté de la concurrence, peut obliger un fournisseur à contracter avec un distributeur qu'il ne désire pas, ou tout moins son refus doit être objectif et transparent. Effectivement, la première *« révolution »* induite par le règlement est la disparition du lien vente/service après-vente, or le fait de priver le constructeur d'un tel critère l'empêche au final de contracter avec qui il l'entend. Il ne contracte plus à raison de l'existence d'une qualité professionnelle précise, mais car le candidat présente des caractéristiques objectives lui permettant de devenir distributeur.

798. — **Intuitus personae et multimarquisme.** Le renforcement du droit au multimarquisme est un autre indice de l'affaiblissement de l'influence de l'intuitus personae dans le contrat de distribution, jusqu'alors le fournisseur contractait avec un distributeur car il pouvait légitimement prévoir qu'il ne commercialiserait que sa marque, ou tout moins qu'il pourrait lui opposer quelques obstacles. Désormais, le constructeur ne pourra plus contracter en raison d'une quelconque exclusivité de marque.

799. — **Intuitus personae et clause de localisation.** De la même manière, l'intuitus loci, qui est une émanation de la notion d'intuitus personae, n'a plus sa place dans le contrat de distribution soumis au règlement n°1400/2002. L'intuitus loci renforce la notion d'intuitus personae, il signifie qu'en plus de la considération de la personne, le fournisseur s'attache à la localisation du magasin du distributeur (1309). La fin de la clause de localisation met en péril cette référence à l'intuitus loci, le fournisseur n'est plus en droit de requérir une quelconque obligation quant à l'emplacement géographique de son partenaire.

800. — **Intuitus personae et libre cession au sein du réseau.** La disposition du règlement qui semble être le signe le plus perceptible de la disparition de l'intuitus personae dans le contrat de distribution est celle

1309 A condition qu'il prouve que la localisation du point de vente est liée à la nature et à la qualité du produit.

qui autorise la libre cession du contrat entre les membres du réseau. Il est vrai qu'il s'agit d'une disposition qui oblige le constructeur à ne s'attacher qu'à des critères objectifs de sélection, si le cessionnaire répond à priori aux critères objectifs qu'il a édictés, il ne peut s'opposer à la cession en raison de la personnalité du nouveau membre du réseau.

801. — **Intuitus personae et contrôle des conditions de rupture.** Enfin, les différentes protections que le règlement n°1400/2002 met en place en ce qui concerne la rupture du lien contractuel ne sont forcément synonymes de disparition de l'intuitus personae dans le contrat. Le fait que le constructeur doit assumer certaines obligations, lorsqu'il souhaite mettre fin au contrat, ne signifie pas que sa liberté du choix du partenaire contractuel soit limitée. Il doit seulement satisfaire à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, obligation à laquelle la liberté de choix du partenaire contractuel doit céder la place.

PARAGRAPHE 2 : LA RESURGENCE DE LA NOTION PAR LA VOIE CONTRACTUELLE

802. — Une interprétation stricte du règlement ne s'oppose pas à l'insertion au sein du contrat de distribution d'un pacte de préférence au profit du fournisseur en cas de projet de cession du contrat (A), les parties sont d'autre part libre de prévoir une clause d'extinction du contrat en cas d'atteinte à l'intuitus personae qui l'anime (B).

A. LA CONCLUSION D'UN PACTE DE PREFERENCE AU PROFIT DU FOURNISSEUR

803. — Il ne semble pas possible d'exclure de facto une telle faculté pour les parties au contrat de distribution dès lors qu'aucune disposition du règlement ne s'y oppose directement (1), pour autant la sanction à attacher à la violation d'un pacte de préférence peut faire douter de son efficacité (2).

1°) Conditions de conclusion d'un pacte de préférence

804. — **Légitimité d'un pacte de préférence.** Restaurer l'influence de la notion d'intuitu personae n'est pas impossible dans les contrats de distribution automobile, d'abord dans la mesure où la clause d'agrément n'apparaît pas condamnée *a priori* par le règlement, il sera vivement conseillé aux parties de l'inclure systématiquement dans les contrats. Mais de manière plus originale les parties devront rédiger un pacte de préférence au profit du fournisseur afin de réduire l'efficacité de la clause de libre

cession entre les membres du réseau, prévue à l'article 3-3 du règlement. Il serait en effet judicieux de prévoir que le contrat ne pourrait être cédé à un autre membre du réseau sans qu'une proposition de rachat soit faite au maître du réseau en priorité (1310). La rédaction de la clause devra être particulièrement soignée, et organiser très précisément la procédure à respecter afin de faire respecter la priorité du maître du réseau. Il sera aussi possible de prévoir une *« clause d'offre concurrente »* (1311) obligeant le fournisseur à s'aligner sur l'offre concurrente.

805. — **Effet anticoncurrentiel limité.** Une telle clause sera possible sous réserve qu'elle ne soit pas considérée comme anticoncurrentielle par les autorités de la concurrence, une décision du Conseil de la concurrence du 30 mai 1995 (1312) fournit quelques précisions. En l'espèce, la chambre syndicale française de l'affichage avait élaboré un contrat type de louage d'emplacements publicitaires dont l'une des clauses faisait obligation aux bailleurs, en cas de non renouvellement du bail, de réserver pendant un an la préférence au loueur précédemment en place. Le Conseil a jugé que cette clause de préférence *« introduisait un déséquilibre dans la négociation des emplacements, en permettant à l'afficheur en place de limiter artificiellement le risque de voir l'emplacement lui échapper »*. Malgré cette condamnation du Conseil de la concurrence, il ne faut pas craindre une telle éventualité pour une clause de préemption insérée dans les contrats de distribution de véhicules et de services après-vente. En l'espèce, le caractère anticoncurrentiel de la clause était particulièrement flagrant dans la mesure où il accordait au bénéficiaire de la clause une véritable *« rente de situation »*.

2°) Opportunité pratique d'un pacte de préférence

806. — **Sanction limitée.** L'inconvénient majeur d'une telle technique contractuelle était son défaut d'efficacité en cas de non respect ; le débiteur du pacte de préférence n'étant tenu envers le bénéficiaire que

1310 M. Le Professeur D. Mazeaud a proposé, lors de la rédaction du Rapport Catala, une définition de consensus, ainsi l'article 1106-1 de l'avant projet de réforme dispose que « le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui ». Sur ce point Cf. Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? in Droit et Patrimoine 2006, n°144, 01-2006 – J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant contrat, Francis Lefebvre, 2001 – A. Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, éd. Montchrestien, 6ème éd. 2004, n°61 – Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2ème éd. 2005, n°144 et s. – B. Gross et Ph. Birh, Contrats civils et commerciaux, PUF 2002, n°88 – D.-R. Martin, « Des promesses précontractuelles », in Etudes J. Béguin, Litec 2005, P.487.

1311 Technique contractuelle, J. M et P.Mousseron, M.L Izorche et J. Raynard, 2ème éd. 1999, n°137.

1312 Cons., conc., décembre n°95-D-39, 30 mai 1995 ; D. 1996, Somm. P.179, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac.

d'une obligation de faire ou de ne pas faire, l'inexécution n'était alors sanctionnée que par l'allocation de dommages et intérêts (1313). De plus, en dehors de cette possibilité d'octroi de dommages et intérêts, la Cour de cassation a toujours refusé la substitution du bénéficiaire au tiers (1314). La majorité de la doctrine considère que les sanctions construites par la jurisprudence n'apportent pas satisfaction et souhaite une nouvelle réponse jurisprudentielle qui consisterait en une possibilité de substitution au profit du bénéficiaire lésé (1315). M. Le Professeur Mainguy justifie au contraire le choix de la Cour de cassation au regard de plusieurs arguments de fait et de droit (1316) :

- Tout d'abord, imposer la conclusion forcée d'un contrat est une solution extrême et dangereuse,
- Ensuite, en raisonnant d'un point de vue économique, tant la situation du promettant, du tiers et du bénéficiaire est favorisée. Le bénéficiaire n'est pas lésé en ce sens qu'il ne perd pas d'argent et peut obtenir réparation,
- Enfin, les parties peuvent prévoir un certain nombre de mécanismes favorisant les intérêts du bénéficiaire : clauses pénales, clauses de dédit….

807. — Finalement, les juges peuvent valablement raisonner en considérant qu'il s'agit tout simplement de sanctionner une résiliation fautive du pacte de préférence (1317).

808. — **Faculté de substitution.** Un tel état jurisprudentiel a été partiellement remis en cause par un arrêt de la Chambre mixte le 26 mai 2006 (1318).Un acte notarié de donation-partage établi en 1957 attribuait un

1313 « Le pacte de préférence ne confère aucun moyen de contrainte hormis le droit pour elle de répondre en priorité à l'offre de contracter formulée par le promettant aux conditions fixées par lui » Cass. , 1ère civ. 6 juin 2001, n°98-20. 673 ; Bull. , civ, I, n°166 ; JCP éd. G 2002, I, n°134, obs. F. Labarthe; RTD civ. 2002, p.88, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2002, p.115, obs. P.Y Gauthier.

1314 Voir par exemple : Cass. 3ème civ. 30 avril 1997, n°95-17. 598 ; JCP éd. G 1997,II, n°22963, obs. B. Thullier; D. 1997, Jur., p.475, obs. D. Mazeaud. Voir aussi : D. Mazeaud, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence » ; Gaz. Pal. 03 février 1994, Doctobre P.210.

1315 Une telle justification serait justifiée par plusieurs circonstances :
l'annulation de l'acte conclu en méconnaissance du pacte replace les parties dans l'état dans lequel elles étaient avant l'acte litigieux,
- la morale contractuelle commanderait une telle substitution.

1316 D. Mainguy, « La violation d'un pacte de préférence », in Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?; Droit et Patrimoine 2006, n°144, 01/2006.

1317 D. Mainguy, « La violation d'un pacte de préférence », in Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?; Droit et Patrimoine 2006, n°144, 01/2006.

1318 Ch. mixte, 26 mai 2006, pourvois n° Y. 03-19376, C. 03-19496 ; D. 2006, p.1861, note P.-Y. Gautier et D. Mainguy, cette revue p.2510, note P.-Y. Gautier et p.2644, obs. Amrani-Mekki et Fauvarque-Cosson – AJDI 2006, p.667 – Rev. Sociétés 2006, p.808, obs. Barbièri – RTD. civ. 2006, p.550, obs. J. Mestre et B. Fages – JCP éd. 2006, I, 10142, obs. L. Leveneur, cette revue, n°176, obs. Labarthe – Defrenois 2006, 1207, obs. Savaux - RDC 2006, n°4,

ensemble immobilier à plusieurs attributaires et contenait un engagement de préférence au profit des autres attributaires. L'héritier d'un des attributaires avait reçu une partie de cet ensemble immobilier, par une donation partage faisant expressément référence à ce pacte de préférence conclu en 1957, et céda à son tour ce bien à une société civile immobilière en 1985. L'un des bénéficiaires tenta de faire valoir ses droits de préférence en agissant pour obtenir l'annulation de la vente tierce et sa substitution à l'acheteur. Son action fut vaine faute d'apporter la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. La Cour de cassation affirme alors que « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ». A première vue, l'on pourrait considérer qu'il s'agit d'une victoire pour les partisans de l'exécution en nature des avants contrats (1319), la réjouissance va vraisemblance être de courte durée tant le bénéficiaire va être placé dans une situation très difficile lorsqu'il entendra réaliser la substitution en question.

809. — **Teneur et charge de la preuve.** En effet, M. Le Professeur P.-Y. Gautier évoque plus précisément cette preuve impossible à laquelle va se heurter le bénéficiaire ; la connaissance du pacte ne suffit pas à constituer le tiers de mauvaise foi pour déclencher le mécanisme d'annulation substitution, la Cour de cassation exige la preuve de la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire d'utiliser son droit. La première preuve est facilitée par le système de publicité immobilière de notre droit, en revanche « *la preuve de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte est ensuite impossible, diabolique, comme toute preuve psychologique, c'est à dire de l'état d'esprit d'une personne* » (1320). Ces considérations amène l'auteur a désapprouvé cette solution puisqu'elle oblige finalement le bénéficiaire « *à manifester à titre conservatoire par des*

p.1080, note D. Mazeaud, cette revue p.1131, obs. Collart-Dutilleul – LPA du 11 janvier 2007, p.13 à 21, note A. Paulin – RLDC septembre 2006, n°2173, note Kenfack. Confirmé par Civ. 3ème 31 janvier 2007, n° 05-21071Revue. Lamy dr. aff. n° 14, p.16, obs. S. Doireau – JPC éd. N. 2007 - D. 2007, p.1698, note D. Mainguy et par Civ. 3ème 14 février 2007, n°05-21814 ; D. 2007, AJ. p.657.

1319 Ph. Brun, « Le droit de revenir sur son engagement », in Que reste-t-il de l'intangibilité des conventions ?, Droit et Patrimoine mai 1998, n°60, p.78 – D. Mazeaud, note sous 3ème civ. 15 décembre 1993 ; JCP G 1995, II, 22366 ; su cette décision D. 1994, p.507, note F. Bénac-Schimdt ; ibid. Somm. p.230, obs. O. Tournafond ; D. 1995, Somm. p.87, obs. L. Aynès - D. Mazeaud, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence » ; Gaz. Pal. 03 février 1994, Doctobre P.210 – D. Mazeaud, « Exécution des contrats préparatoires », in L'exécution forcée du contrat en nature ou équivalent, RDC 2005/1, p.61. Pour une opinion contraire : D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de promesse de contracter » ; RTD. civ. 2004, n°1, p.1 et s.

1320 Ch. mixte, 26 mai 2006, pourvois n° Y. 03-19376, C. 03-19496 ; D. 2006, p.1861, note P.-Y. Gautier.

actes positifs - lesquels et à quel moment ? - qu'il n'a pas renoncé à sa préférence » (1321).

810. — **Critique de la faculté de substitution.** Pour sa part, le Professeur Mainguy émet virulente critique à l'égard d'une telle solution (1322), selon lui considérer que le promettant a donné définitivement son consentement au contrat préparé équivaut à méconnaître une réalité bien différente, à savoir que le consentement à l'acte préparé et le celui à l'acte préparatoire sont de nature différente et que le consentement donné par le promettant (ou débiteur du pacte) à l'acte préparé ne vaut consentement pas donné à la vente conclue avec le bénéficiaire substitué. Selon l'auteur, la Cour opère un forçage critiquable du consentement donné par le promettant en ce sens qu'elle nie « *le contrat conclu avec le tiers, ensuite en faisant comme si ce consentement demeurait et, enfin, grâce à la fiction de la rétroactivité, en faisant comme si ce consentement était susceptible d'un transfert au bénéficiaire du pacte* » (1323).Il en va au demeurant de l'autonomie des contrats préparatoires, effectivement à considérer qu'une possibilité d'annulation/substitution est ouverte au bénéficiaire évincé, l'on risque au final de dénier au pacte de préférence sa qualification de contrat préparatoire pour préférer celle de droit péremptoire avec, non plus une obligation de négocier de bonne foi, mais obligation de contracter (1324). De surcroît, la Cour de cassation méconnaît en définitive le sens et la portée de l'article 1134 du Code civil, par un détour théorique, l'on a pu ériger en principe la notion d'irrévocabilité des conventions, or il est aujourd'hui acquis que chacune des parties conserve la faculté de dénoncer le contrat, elles s'exposent simplement à un contrôle de l'abus par le juges, voire à l'octroi de dommages et intérêts. Enfin, en accordant au bénéficiaire un droit d'annulation/substitution, les juges considèrent que par l'acte conclu avec le tiers le débiteur du pacte agit nécessairement en fraude des droits du bénéficiaire, or de la même façon, il s'agit ici d'un rapide raccourci intellectuel. En réalité, le promettant, débiteur du pacte, espère simplement réaliser une « *meilleure affaire* » sans pour autant avoir pour dessein de nuire au bénéficiaire initial. Ainsi, il aurait été plus judicieux pour la Cour de cassation d'innover en préconisant « *une obligation de renégocier prioritairement le contrat avec le bénéficiaire* » (1325), sauf les cas de fraude manifeste.

1321 Ch. mixte, 26 mai 2006, pourvois n° Y. 03-19376, C. 03-19496 ; D. 2006, p.1861, note P.-Y. Gautier.
1322 Ch. mixte, 26 mai 2006, pourvois n° Y. 03-19376, C. 03-19496 ; D. 2006, p.1861, note D. Mainguy et du même auteur, « L'efficacité de la rétractation de promesse de contracter » ; RTD. civ. 2004, n°1, p.1 et s., n° 23 et s.
1323 D. 2007, p.1698, note D. Mainguy.
1324 Ch. mixte, 26 mai 2006, pourvois n° Y. 03-19376, C. 03-19496 ; D. 2006, p.1861, note D. Mainguy.
1325 Ch. mixte, 26 mai 2006, pourvois n° Y. 03-19376, C. 03-19496 ; D. 2006, p.1861, note D. Mainguy.

811. — **Position finale de la Cour de cassation.** L'on conclura sur ce point en affirmant que la Cour de cassation, loin d'opter pour un changement radical de jurisprudence, a entendu simplement préciser le régime juridique du pacte de préférence mais non d'en bouleverser la sanction, auquel cas elle aurait consacré un droit de substitution automatique et aurait aménagé l'exigence de preuve qui pèse sur le bénéficiaire évincé (1326). Il est aussi à préciser que le projet de réforme de droit des contrats émanant de la Chancellerie n'entend pas bouleverser cette situation (1327). Le projet de réforme consacre au préalable une définition générale du pacte de préférence en son article 35 : « *Le pacte de préférence est la convention par laquelle une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui au cas où elle déciderait de contracter* ». Il s'agit ensuite de poser le principe selon lequel le contrat conclu en violation d'un pacte de préférence avec un tiers de mauvaise foi est nul. La seule innovation consiste à insérer une « *action interrogatoire* », connue en droit comparé, en permettant au tiers de mettre en demeure le bénéficiaire supposé d'un pacte de préférence de lui confirmer l'existence d'un tel pacte afin qu'il puisse contracter en toute connaissance de cause. La faculté de substitution automatique n'est cependant pas consacrée en tant que telle, le Juge sera libre d'en apprécier l'opportunité pour chaque situation qui lui est soumise.

B. CLAUSE D'EXTINCTION DU CONTRAT EN CAS D'ATTEINTE A L'INTUITUS PERSONAE

812. — **Conditions.** Enfin, en pratique les parties restent libres d'inclure au sein de leur contrat une clause d'extinction du contrat en cas d'atteinte à l'intuitus personae, ce type de clause demeurant par principe valable. Il est cependant nécessaire de tempérer cette validité de principe

1326 Pour une confirmation de l'arrêt du 26 mai 2006 : 3ème civ. 31 janvier 2007, n°05.21071 ; D. 2007, p.1698, note D. MAINGUY.

1327 D. MAZEAUD, Réforme du droit des contrats : haro en Hérault, sur le projet !; D.2008, p.2675 – R. CABRILLAC, Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions : JCP G 2008, I, 190 – Ph. MALAURIE, Petite note sur le projet de réforme de droit des contrats ; JCP G 2008, I, 204 – M. FABRE-MAGNAN (Entretien), Réforme du droit des contrats : « un très bon projet » ; JCP G 2008, I, 199 – C. LARROUMET, De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat : D.2008, p.2441 – O. TOURNAFOND, Pourquoi faut-il conserver la théorie de la cause en droit civil français ; D. 2008, p.2607 – A. GHOZI et Y.LEQUETTE, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie ; D. 2008, p.2609 – P.MALINVAUD, Le contenu « certain » du contrat dans l'avant projet « chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes ; D.2008, p.2551 – Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres. Présentation des dispositions du projet de réforme des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat ; RDC 2009-1 – F. TERRE (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, DALLOZ 2008 – D. MAINGUY, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats ; D. 2009, p.308.

par l'interprétation stricte que font les juges de telles clauses (1328), et par le contrôle de l'abus qu'ils peuvent diligenter. Sur la première limite, les juges vérifient tout d'abord que la mise en œuvre de la clause fait suite à une véritable résiliation, et non pas par exemple à un simple apport d'actif d'un tiers dans la société du partenaire contractuel (1329), ils sont de la même façon tenus de vérifier le caractère non équivoque de la clause (1330).

813. — **Contrôle de l'abus.** C'est dans un second que le juge mettra place ce qu'il est convenu de nommer aujourd'hui le contrôle de l'abus (1331), les premiers exemples jurisprudentiels en matière de contrats de distribution sont les arrêts de la Cour de cassation en date du 2 juillet 1991 et du 14 janvier 1997. Au sein de la première espèce, les juges devaient examiner un contrat de concession contenant une clause prévoyant la résiliation du contrat en cas de décès du Président de la société concessionnaire, et que le concédant refusa de maintenir au décès du Président. La Cour considéra que ce refus était abusif dans la mesure où « *la société Peugeot, saisie d'une nouvelle candidature de la même société Carles, qu'elle s'était engagée à examiner par priorité et dont les circonstances révèlent qu'elle méritait une étude sérieuse et approfondie, lui a*

1328 Ex. en matière de baux : Cass. Com. 19 juillet 1966, Rev. Loyers 1967, 94 : « La Cour d'appel a pu valablement estimer sans dénaturation que le bailleur devait exiger la réalisation de travaux à une période de l'année qui les permette, quoiqu'à la lettre la clause ne fasse pas de telles distinctions ».

1329 CA Toulouse, 11 janvier 1995, Juris Data n° 042355.

1330 Civ., 1ère 25 novembre 1986 ; RTD civ. 1987, p.313, obs. J. Mestre. Sur cette question du caractère non équivoque de la clause : V. Ph. Stoffel – Munck, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, préf. R. Bout, LGDJ, coll. Bdp, T. 337, n° 757 et s. L'auteur considère qu'il est légitime d'affirmer que ce type de clause a fait l'objet d'une normalisation: "[…la jurisprudence…] a exprimé la manière dont ces clauses étaient communément comprises au point de vue de leur utilité dans le contrat [...] le contrôle de l'abus en a été facilité pour l'avenir, rendant les détournements de finalités très simples à anticiper". Cette normalisation de la clause a été rendu possible par la nature même de la clause : « cette stipulation présente une forte aptitude à la normalisation, car sa structure est à peu de choses près invariable », elle a aujourd'hui une fonction type dans la pratique contractuelle, comme l'a démontré M. Ch. Paulin au sein de sa thèse (Ch. Paulin, La clause résolutoire, préf. J. Devèze, LGDJ, 1996, coll. Bdp., T. 258).

1331 A ce contrôle de l'abus a précédé un contrôle de la mise en œuvre de la clause de bonne foi (Cass. 1ère civ. 31 janvier 1995 ; Bull. civ. I, n°57 – D. 1995, somm. p.230, obs. D. Mazeaud – D. 1995, jur. p.389, note Ch. Jamin – RTD civ. 1995, p.623, obs. J. Mestre : « Vu l'article 1134, aliéna 3, du Code civil […] Attendu qu'aux termes de ce texte, les conventions doivent être exécutées de bonne foi ; qu'une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en oeuvre de mauvaise foi par le créancier »), contrôle que le Doyen Cornu a pu qualifier « d'antidote harmonieux : la force que le 1er alinéa de l'art. 1134 imprime à la clause résolutoire expresse trouve son frein naturel dans la disposition finale du texte » (obs. G. Cornu sous Cass. 3ème civ. 29 juin et 15 décembre 1976, RTD civ. 1977.340). Le Professeur Stoffel – Munck explique l'abandon du fondement de la bonne foi par les juges en considérant que « le détour par l'article 1134 al. 3 du Code civil ne s'imposerait plus […] l'article 1134 al. 1er y suffit si on applique l'idée d'abus par détournement […], en invoquant la clause alors qu'il est à l'origine de l'inexécution, le créancier semble la détourner nécessairement de sa finalité : l est donc normal qu'elle soit inefficace […]. Aborder sous cet angle la question des clauses résolutoires explique mieux la sanction que le visa moral de l'article 1134 al. 3 du Code civil ».

signifié sa décision avec une précipitation excessive, sans faire d'enquête, sans chercher à compléter son information ni solliciter de renseignements ; qu'ayant relevé que la brusquerie avec laquelle la société Peugeot a d'abord signifié la résiliation du contrat, puis écarté l'offre d'en conclure un nouveau, rendait illusoire et sans intérêt le droit du concessionnaire de proposer un successeur et révélait que la décision était déjà prise de confier la concession Talbot à un autre, la cour d'appel a pu déduire de l'ensemble de ces constatations et appréciations que la façon dont la société Peugeot avait ainsi exercé son droit de choisir son nouveau concessionnaire, présentait un caractère abusif et constituait une faute ». Dans l'arrêt du 14 janvier 1997, la Cour de cassation refusa de caractériser l'abus ; une société avait confié à une autre la commercialisation de ses produits pour une durée de cinq années, l'article 12-2 de leur contrat stipulait : "*Chacune des parties aura le droit de résilier le présent contrat pour une raison importante, par lettre recommandée avec accusé de réception, 15 jours avant la prise d'effet de la résiliation. Une raison importante sera, entre autres : ... b) Le changement, à la suite d'un ou plusieurs événements ou transactions, de 25% au moins des actions en circulation avec droit de vote du Consortium ou modification importante de ses statuts; le Consortium s'engage à informer immédiatement Polyfilla de ce changement* », suite à une modification dans le capital du distributeur, le fournisseur résilia le contrat en invoquant la clause 12-2-b de celui-ci. Plus précisément, la Cour refusa de voir dans le comportement du fournisseur un abus, même si « *la lettre de résiliation avait été envoyée le lendemain de l'obtention de ces informations [...les informations relatives au changement de capital...] "excluant tout délai de réflexion"* ». Les Professeurs Behar–Touchais et G. Virassamy (1332) déduisent d'un tel changement de jurisprudence de la Cour de cassation un allègement du contrôle de l'abus, ou tout le moins une reconnaissance de plus en rare de l'abus par les juges en matière de clause résolutoire, mais en réalité les faits de l'espèce expliquent une divergence, dans la première espèce le concédant s'était engagé à examiner la candidature du successeur « *par priorité* » et à prendre sa décision au terme d'une « *étude sérieuse et approfondie* », alors que dans l'arrêt du 14 janvier 1997, le fournisseur n'avait pas pris de tels engagements, la clause se contente de disposer que le changement de capital peut permettre au fournisseur de mettre en œuvre la clause résolutoire.

1332 M. Behar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, LGDJ 1999, n° 583.

CHAPITRE 2 : LA TRANSFORMATION DE LA DISTRIBUTION EN RESEAU

814. — **Définition du réseau.** Il est légitime de remettre en question la distribution en réseau du produit automobile et des services qui y sont attachés, en effet les conséquences que le règlement n°1400/2002 peut entraîner sur chaque contrat cadre de distribution mettent en péril l'organisation sur laquelle ils reposent : le réseau de distribution. Le réseau est *le « produit des contrats conclus entre le promoteur du réseau et les adhérents au réseau, poursuivant le même objectif et créant par là un effet de synergie »* (1333). C'est précisément cet effet de synergie que les candidats au réseau et les maîtres de réseau recherchent avant de contracter, effet qui résulte finalement de la conjugaison que certains ont cru pouvoir opposer : l'aspect de domination (1334) et l'aspect organisation (1335).

815. — **Avantages de la distribution en réseau.** Cependant, la création de cet effet de synergie attractif n'est possible que si le réseau est caractérisé par une multitude d'engagements similaires (1336), la similarité ne signifie pas cependant que les engagements doivent être identiques, mais plutôt qu'une uniformité des conventions soit constatée. Sans aller jusqu'à ce niveau d'abstraction juridique et économique, l'on pressent les avantages pratiques de la distribution en réseau (1337) :

- le fournisseur peut instaurer un maillage très serré du territoire sans en assumer seul le financement, de plus le distributeur indépendant est souvent plus dynamique qu'un gérant salarié de succursale. Le réseau est ensuite *« un merveilleux système de veille stratégique et d'incitation à l'innovation »* car les distributeurs sont au contact de la clientèle.
- Quant au distributeur, sa puissance d'action est augmentée par les moyens accrus dont lui fait bénéficier le réseau, il est en confiance car il sait qu'il est indépendant et assisté dans la distribution d'un produit.

1333 La considération juridique du réseau, D. Ferrier ; Mélanges Christian Mouly, Litec 1998, p.95 et s - Les réseaux de distribution, préface Y. Guyon, L. Amiel-Cosme, LGDJ 1995, p.46.
1334 G. Virassamy, Les contrats de dépendance- Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1986.
1335 P.Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in Mélanges F. Terré, PUF 1999, p.635 et s.
1336 La considération juridique du réseau, D. Ferrier ; Mélanges Christian Mouly, Litec 1998, p.95 et s.
1337 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003, n°2 et s.

816. — L'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 est susceptible de réduire considérablement l'intérêt de cette « *économie contractuelle* » (1338) que sont les réseaux de distribution, deux caractéristiques des réseaux peuvent être remises en cause dans leur existence, il s'agit de l'obligation de coopération (Section 1) et l'efficacité de la protection du réseau (Section 2).

SECTION 1 : LE SORT DE L'OBLIGATION DE COLLABORATION DANS LE RESEAU

817. — Le contrat qui lie le maître de réseau et son distributeur est révélateur de nombreuses obligations pour les deux partenaires, une des plus importantes est l'obligation d'assistance du fournisseur (Paragraphe 1). Malgré l'antagonisme des intérêts, chaque partie est tenue d'un devoir minimal de coopération (1339) nécessaire à la promotion de ses intérêts et de ceux du réseau (1340). La recherche du succès du réseau suppose l'existence d'un *animus cooperandi* (Paragraphe 2) qui a pour conséquence directe que l'intérêt de chacun des membres du réseau est transcendé par celui du réseau (1341).

PARAGRAPHE 1 : UNE OBLIGATION D'ASSISTANCE AFFAIBLIE

818. — **Objectif commun.** Les contrats de distribution d'automobiles et de services de réparation et d'entretien sont très certainement des contrats de collaboration, l'objectif commun entre tous les membres et le maître du réseau est le développement de la clientèle, mais l'existence de cet objectif n'est pas sans conséquences sur les obligations des parties. La promotion des intérêts individuels et de celui du réseau a pour conséquence première que le maître du réseau est tenu d'une obligation d'assistance envers les membres du réseau.

1338 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003, n°9.
1339 L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, Y. Picod ; JCP éd. G 1988, I, 3318.
1340 Sur cette question de l'intérêt du réseau: La considération juridique du réseau, D. Ferrier ; Mélanges Christian Mouly, Litec 1998, p.105 et s. ; L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution, Litec 2000 ; Les réseaux de distribution, préface Y. Guyon, L. Amiel-Cosme, LGDJ 1995.
1341 Un auteur est même aller jusqu'à déduire de cet intérêt supérieur du réseau des possibles condamnation en cas d'abus, c'est ainsi que la jurisprudence a pu reconnaître l'abus dans la fixation du prix ou dans la fin de la relation contractuelle au nom de la méconnaissance de l'intérêt supérieur du réseau ; L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution, S. Lebreton Litec 2000.

819. — **Assistance et contrat de franchise.** L'obligation d'assistance serait même selon un auteur (1342) de *« la nature du contrat »*, ainsi elle n'aurait pas besoin d'être expressément stipulée, elle découlerait de *« l'existence de l'intérêt commun des parties et aurait pour effet de transformer l'obligation contractuelle de renseignement en une obligation plus aiguë de conseil et d'assistance »* (1343). La meilleure illustration de cette obligation est à rechercher au sein des contrats de franchise, l'obligation d'assistance incombant au franchiseur constitue une condition déterminante, indispensable à la transmission du savoir-faire (1344). Matériellement, une telle obligation au sein d'un contrat de franchise peut inclure :

- La communication de divers conseils, aides et avis techniques (1345)
- La formation continue du franchisé et de son personnel,
- L'élaboration de campagnes promotionnelles et de publicité, par des conseils dans l'application des normes commerciales du réseau,
- La dispense de conseils en matière juridique, notamment dans les domaines du droit social et du droit fiscal,
- Et enfin, le mode d'assistance le plus fréquent reste l'octroi d'aides et de garanties financières.

820. — **Assistance et distribution automobile.** Même si une telle obligation ne se retrouve pas avec une telle acuité en matière de contrat de distribution de véhicules automobiles, il est fréquent qu'elle y soit implicitement contenue, elle commande alors au fournisseur d'accomplir

---

1342 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003, n°55 et s.

1343 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003, n°55 et s. Pour des exemples jurisprudentiels : CA Paris, 11 févr. 1999, Fiat c/ Sofisud : RJ com. 1999, p.395, note Ph. Grignon – CA Paris, 26 mars 1999, Peugeot c/ Safari Senlis : RJDA 1999, n° 778.

1344 Le règlement no 4087/88/CEE de la Commission du 30 novembre 1988 (Règl. Comm. CEE no 4087/88, 30 novembre 1988, art. 1er, b).consacrait également cette conception de la franchise lorsqu'il affirmait qu'un accord de franchise : « doit comprendre au moins les obligations suivantes :
- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visées au contrat ;
- la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire et ;
- la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord ».
Le règlement communautaire d'exemption prévoyait expressément, parmi les éléments essentiels du contrat de franchise, « la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord » et les lignes directrices accompagnant le règlement d'exemption no 2790/1999/CE de la Commission du 22 décembre 1999 reprennent cette position (Communication Comm. CE no 2000/C 291/01, Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 199, JOCE 13 octobre 2000, no C 291, p.1 ; Code Lamy droit économique).

1345 Ph. le Tourneau, L'assistance technique industrielle : JCP E 1989, II, 15375.

des actes positifs, cela peut être une aide à l'aménagement des locaux, à la fonction logistique, à la formation du personnel. Plus précisément, l'existence d'une telle obligation peut conduire à reconnaître, à la charge du maître du réseau, une obligation d'assistance financière et ainsi engager sa responsabilité en cas de difficultés (1346).En revanche, la présence d'une telle obligation ne doit conduire à la reconnaissance d'une obligation d'assistance dans la reconversion du distributeur évincé (1347).

821. — Cette présentation générale étant faite, il est intéressant de s'intéresser à la pérennité d'une telle obligation au sein du règlement n° 1400/2002 (A), pour ensuite préjuger de son avenir au sein de notre droit interne de la distribution (B).

A. OBLIGATION D'ASSISTANCE ET REGLEMENT N° 1400/2002

822. — **Pérennité.** Quelle pourra être la teneur de cette obligation au regard des dispositions du règlement n°1400/2002 ? Nous n'en retrouvons pas trace dans le texte du règlement, il s'agit d'une question de droit national dont le règlement se désintéresse, mais il n'est pas certain que le règlement soit sans influence sur sa pérennité. Elle perdurera envers les membres *« traditionnels »* du réseau, c'est-à-dire les distributeurs/ réparateurs et les réparateurs agréés, mais elle ne sera pas exécutée de la même façon envers les nouveaux acteurs du secteur. Deux raisons sont à l'origine de l'affaiblissement de l'obligation d'assistance des distributeurs, l'une tient à l'existence même d'un réseau, et l'autre à la volonté des promoteurs de réseau.

823. — **Effet de synergie.** En effet, est-il possible de continuer à parler de *« réseau de distribution »* avec l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 ? Si l'on s'en réfère aux caractéristiques du réseau que nous avons précisé précédemment (1348), à savoir une multitude d'engagements similaires, la notion traditionnelle de réseau pourrait être remise en cause. Les contrats de distributions seront probablement très différents selon la qualité du partenaire contractuel (distributeurs issus du réseau *« traditionnel »,* distributeurs non réparateurs, réparateurs agréés ou encore les nouveaux entrants dans le secteur), le type de distribution choisi par le

1346 Cass. Com, 15 janvier 2002, Sté France motors c/Nodée ; JCP éd. G 2002, II, 10157, note Ch. Jamin ; JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, p.28, obs. D. Mainguy ; D. 2002, Jur. P.1974 et s. , obs. Ph. Stoffel- Munck - Revue des contrats 2003, n° 1, p.154, obs. M. Behar-Touchais.
1347 Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.19 et S. obs. J.L Respaud ; JCP éd. G 2002, II, 10146, note P.Stoffel-Munck ; Contrats conc. consom. 2002, n°134, obs. L. Leveneur – Revue des contrats 2003, n° 1, p.154, obs. M. Behar-Touchais.
1348 Voir introduction du présent chapitre.

constructeur. L'effet de synergie induit par l'addition des contrats les uns aux autres ne se retrouvera pas tel quel avec l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, mais il faut espérer que cet effet de réseau pourra se produire au sein des différents sous- réseaux crées.

824. — **Effet indirect du mode de distribution.** L'obligation d'assistance du promoteur du réseau ne sera pas aussi forte qu'avant l'entrée en vigueur du règlement en ce qui concerne les formes de distributions encouragées par la Commission, il est vrai qu'en imposant certains types de distributeurs aux constructeurs cela réduit d'autant les perspectives de partenariat envers un partenaire qu'ils ne désiraient pas. Le constructeur face à partenaire « *imposé* » sera enclin à lui fournir uniquement les informations minimums, nécessaires à toute commercialisation.

H. OBLIGATION D'ASSISTANCE ET DROIT INTERNE

825. — **Diversité.** L'obligation d'assistance consacrée à maintes reprises par la jurisprudence peut revêtir plusieurs formes ; elle peut être technique (1349) et consister par exemple en une aide à l'aménagement des locaux ou en diverses prestations logistiques, de gestion ou bien encore comptable. La dimension technique de l'obligation d'assistance s'étend de la même façon en la diffusion de toutes les informations recueillies au sein du réseau. Bien plus problématique est l'obligation d'assistance financière puisque elle peut se heurter à des obstacles juridiques importants :

- L'indépendance juridique et financière du distributeur
- Le caractère discriminatoire qu'elle peut revêtir.

826. — **Aides financières des constructeurs.** Une telle assistance financière est à l'origine d'une jurisprudence récente et originale de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris (1350), ces quelques décisions sont l'occasion de préciser le traitement juridique que doivent recevoir les aides accordées par le constructeur aux membres de son réseau confrontés à des pressions concurrentielles importantes, et finalement savoir « *dans quelle mesure le réseau peut être protégé contre les importations parallèles* ? »

1349 Ph. Le Tourneau, L'assistance technique industrielle : JCP E 1989, II, 15375.

1350 CA Paris, 1ère Ch., section H, 29 juin 2004, SPEA c/ Renault SAS et autres, et sur pourvoi Cass., com., 12 juillet 2005, n° 04-16896 –CA Paris, 1ère Ch., section H, 21 septembre 2004, SPEA c/ GCAP et autres ; Concurrences, n° 1-2005, p.55 et 56, note E. Claudel, , et sur pourvoi Cass. , com., 17 janvier 2006, n° 04-19092 – CA Paris, 5ème Ch., 26 janvier 2005, SA Bellevue Auto c/ SA Volkswagen France. Pour des commentaires : M. Chagny, La distribution automobile entre bonheur concurrentiel et déception contractuelle ; RLC 2005, n° 4, p.85 et s. – J. Riffault-Silk, Droit des contrats et régulation économique ; RLC 2005, n° 3.

(1351). A l'inverse, il s'agissait pour le Juge de statuer quant au bien-fondé de l'action en réparation intentée à l'encontre du constructeur qui n'avait pas, selon le concessionnaire, respecté son obligation d'assistance, il aurait dû prendre les mesures concrètes qu'imposait la concurrence vive sur le marché géographique en question (en zone transfrontalière) et ne pas adopter une politique commerciale visant à privilégier les distributeurs belges. L'objectif de protection du réseau contre les importations parallèles justifie au demeurant que le constructeur décide d'octroyer des aides financières aux membres de son réseau confrontés à de fortes pressions concurrentielles, sans risquer que ces mesures soient qualifiées de discriminatoires par le juge (1), mais il ne serait question d'ériger une telle possibilité en obligation contractuelle (2).

1°) L'octroi d'une aide commerciale aux distributeurs en difficulté

827. — **Pratiques.** Le Syndicat des professionnels européens de l'automobile (SPEA) regroupe les professionnels du négoce et de la réparation automobile, il a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qui seraient mises en œuvre par les constructeurs automobiles PSA (a) et Renault (b) et qui auraient pour objet et pour effet de limiter les importations hors réseau (1352).

a. L'assistance mise en place par le groupe PSA

828. — **Modalités de l'assistance.** En ce qui concerne la société PSA, le Syndicat estimait que le constructeur et le groupement des concessionnaires de la marque (GCAP) avaient mis en place des mesures « *ayant pour objet d'exclure les mandataires automobiles et les revendeurs indépendants de la distribution des véhicules de sa marque et consistant notamment en l'octroi d'aides spécifiques et discriminatoires aux concessionnaires subissant la concurrence des mandataires et des revendeurs indépendants, en des pressions et sanctions exercées à l'encontre des concessionnaires étrangers du réseau qui livrent des intermédiaires et des revendeurs indépendants et en la mise en place d'une procédure de*

1351 M. Chagny, La distribution automobile entre bonheur concurrentiel et déception contractuelle ; RLC 2005, n° 4, p.85 et s. Nous préciserons que la présente étude reprend la dichotomie pertinente adoptée par Mme Le Professeur M. Chagny au sein du commentaire cité ci-dessus.

1352 Décision n° 03-D-66 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Renault et le Groupement des Concessionnaires Renault (GCR) dans le secteur de la distribution automobile - Décision n° 03-D-67 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par Peugeot et le Groupement des Concessionnaires Automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile ; Décisions consultables sur le Site du Conseil de la Concurrence : http://www.conseil-concurrence.fr – Europe 2006, comm. n° 260, obs. L. Idot.

contrôle des bons de commande permettant de désavantager les commandes des acheteurs localisés en France » .

829. — **Appréciation de la pratique.** Le Conseil de la concurrence (1353) et la Cour d'appel de Paris (1354) ne firent cependant pas droit à sa demande estimant qu'il n'était pas établi que Peugeot et le GCAP aient enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et celles de l'article 81 du Traité CE. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation n'a pas dérogé à l'analyse opérée par la Cour d'appel de Paris ; elle a tout d'abord rappelé l'objectif de ces aides financières : « *venir en aide à ceux dont l'activité était localement affectée, de manière sensible, par le développement d'importations parallèles favorisées par les écarts de prix entre les Etats membres et les fluctuations des monnaies européennes et constituaient ainsi un moyen pour le constructeur de soutenir son réseau, de développer ses ventes ou d'éviter leur chute* », pour ensuite préciser que ces mesures n'allaient pas à l'encontre du droit communautaire applicable (1355). En définitive, la Cour conclut que « *les aides incriminées n'avaient pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché national ou à l'intérieur du marché commun* ».

b. L'assistance mise en place par le groupe Renault

830. — **Modalités de l'assistance.** Dans la seconde espèce, le Syndicat considérait que l'octroi d'aides dites "*budgets frontières*", de manière spécifique et discriminatoire, aux concessionnaires Renault subissant la concurrence des mandataires et des revendeurs indépendants et l'interdiction de tout rabais sur certains modèles de véhicules constituaient des mesures anticoncurrentielles contraires aux articles 81, §1 du Traité CE et L. 420-1 du Code de commerce.

831. — **Appréciation de la pratique.** Après un rejet de la demande par le Conseil de la Concurrence (1356) et la Cour d'appel de Paris (1357), la

1353 Décision n° 03-D-67 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par Peugeot et le Groupement des Concessionnaires Automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile ; http://www.conseil-concurrence.fr - Europe 2006, comm. n° 260, obs. L. Idot.
1354 CA Paris, 1ère Ch., section H, 21 septembre 2004, SPEA c/ GCAP et autres.
1355 Cass. , com., 17 janvier 2006, n° 04-19092 : « qu'il relève encore qu'une telle pratique n'était pas interdite par les règlements d'exemption n° 123/85 du 12 décembre 1984 et n° 1475/95 du 28 juin 1995, alors successivement en vigueur, dès lors notamment qu'il n'était démontré ni que le constructeur ou ses concessionnaires auraient restreint directement ou indirectement la liberté des utilisateurs finals, des intermédiaires mandatés ou des distributeurs de s'approvisionner auprès d'une entreprise du réseau de leur choix à l'intérieur du marché commun en produits contractuels ou en produits correspondants, ni que Peugeot aurait octroyé ces aides en tenant compte du domicile de l'acheteur ou du lieu de destination des véhicules revendus».
1356 Décision n° 03-D-66 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Renault et le Groupement des Concessionnaires Renault (GCR) dans le secteur de la distribution automobile ; http://www.conseil-concurrence.fr - Europe 2006, comm. n° 260, obs. L. Idot.
1357 CA Paris, 1ère Ch., section H, 29 juin 2004, SPEA c/ Renault SAS et autres.

Cour de cassation rejeta le pourvoi sur les mêmes motifs (1358). Elle considéra que le fait que les aides étaient attribuées « *lorsqu'un client faisait état d'une proposition tarifaire inférieure émanant d'un concessionnaire étranger, d'un mandataire ou d'un revendeur hors réseau* » et qu'elles n'avaient pas pour effet « *de compenser totalement les écarts de prix annoncés par ces derniers pour les mêmes véhicules* » *permettait seulement au constructeur de « soutenir son réseau, développer ses ventes ou éviter leur chute* ». Ces pratiques n'étaient pas interdites par les règlements d'exemption n° 123/85 du 12 décembre 1984 et n° 1475/95 du 28 juin 1995 puisqu'il n'était pas démontré « *ni que le constructeur ou ses concessionnaires auraient restreint directement ou indirectement la liberté des utilisateurs finals, des intermédiaires mandatés ou des distributeurs de s'approvisionner auprès d'une entreprise du réseau de leur choix à l'intérieur du marché commun en produits contractuels ou en produits correspondants, ni que Renault aurait octroyé ces aides en tenant compte du domicile de l'acheteur ou du lieu de destination des véhicules revendus* ». Enfin, la Cour de cassation estima que le choix du constructeur visant à interdire les rabais pendant la période de lancement du modèle SCENIC de septembre 1996 à janvier 1997 et l'adhésion des concessionnaires à cette politique n'étaient pas établis.

832. — Ces décisions de la Cour de cassation ne sont pas innovantes en soi au regard de la jurisprudence de droit interne relative aux aides commerciales au sein d'un réseau de distribution, mais elles le deviennent au regard du traitement d'une telle obligation par le règlement n° 1400/2002.

2°) Le refus de qualifier cette possibilité en obligation contractuelle contraignante

833. — **Tentative d'un plaideur.** Un concessionnaire des marques Volkswagen, Audi et Skoda, dont le contrat avait été résilié en 1998, reprochait notamment (1359) au constructeur l'existence de différences de prix entre la France et la Belgique qui avait été à l'origine d'une baisse des volumes de ses ventes, son action fut cependant rejetée par la Cour d'appel de Paris le 26 janvier 2005 (1360) qui considéra que « *le concédant n'est pas tenu de compenser les écarts de prix relevés entre les distributeurs étrangers et les distributeurs de son réseau, une telle obligation n'étant pas prévue par*

1358 Cass., com., 12 juillet 2005, n° 04-16896.
1359 Son action judiciaire était fondée sur d'autres motifs, et notamment sur les conditions d'exécution de l'obligation de préavis, dont il n'est pas nécessaire de faire état à ce stade de l'étude.
1360 CA Paris, 5ème Ch., 26 janvier 2005, SA Bellevue Auto c/ SA Volkswagen France, Juris-data n° 2005-274620 ; M. Chagny, La distribution automobile entre bonheur concurrentiel et déception contractuelle ; RLC 2005, n° 4, p.85 et s.

le contrat et n'étant pas imposée par l'obligation générale d'exécuter le contrat de bonne foi, prévue par l'article 1134 du Code civil […] les écarts de prix entre distributeurs installés dans des pays différents résultent de différents facteurs (techniques, fiscaux, sociaux ou commerciaux) dont le concédant n'a pas la totale maîtrise ». Les espoirs du distributeur étaient fondés sur une jurisprudence antérieure dont les précédents les plus célèbres sont les arrêts Huard (1361) et Chevassus Marche (1362), et notamment au regard de ce dernier arrêt dont les circonstances de fait sont quasi similaires puisque « *dans un cas comme dans l'autre, un membre du réseau, titulaire d'une exclusivité à l'intérieur de sa zone géographique, doit faire face à la concurrence de distributeurs indépendants, lesquels sont en mesure de pratiquer des prix inférieurs* » (1363).

834. — **Justification du refus.** Selon le Professeur Chagny, la justification d'une telle solution est à rechercher dans l'intention de la Cour de Paris visant à ne pas contribuer à un dévouement du principe de la bonne foi contractuelle, en effet « *s'il est vrai que la bonne foi peut, dans certains cas, donner naissance à un droit à la concurrence, la liberté de la concurrence n'en doit pas moins demeurer le principe auquel la loyauté apporte seulement un tempérament* » (1364). Il est cependant possible que la nature des relations entre les parties, la lettre du contrat, ou encore le comportement d'un des cocontractant soit à l'origine d'un droit à réparation pour l'autre, ainsi la Cour de cassation dans l'arrêt Chevassus a pu valablement mettre à la charge du fournisseur une obligation d'assistance dans la mesure où il n'avait pas correctement contrôlé son réseau, et avait continué à approvisionner des distributeurs qui violaient l'exclusivité consentie à son agent commercial.

835. — **Vue médi ane.** En guise de conclusion sur ce point, nous nous rangeons derrière l'analyse du Professeur M. Behar-Touchais développée à partir des arrêts Société France Motors du 15 janvier 2002 et SA Fiat auto France en date du 06 mai 2002. Dans la première espèce, la Cour avait jugé qu'un concédant avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente en imposant à ces concessionnaires des sacrifices financiers trop importants, alors que quelques mois plus tard elle avait jugé que l'on ne pouvait mettre à la charge du concédant un obligation d'assistance envers le concessionnaire évincé. De cette apparente contradiction, le commentateur construit une nouvelle analyse juridique selon laquelle la théorie du solidarisme contractuel trouve à s'appliquer,

1361 Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338, p.241.
1362 Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277, p.232; RTD civ. 1999, p.98, obs. Mestre J., RTD civ. 1999, p.646, obs. Gautier P.-Y.
1363 M. Chagny, La distribution automobile entre bonheur concurrentiel et déception contractuelle ; RLC 2005, n° 4, p.85 et s.
1364 M. Chagny, La distribution automobile entre bonheur concurrentiel et déception contractuelle ; RLC 2005, n° 4, p.85 et s.

mais dans une perspective bien plus modérée que celle que nous avons pu connaître lors des premiers développements de cette théorie, il y a selon l'auteur « *une troisième voie, celle du solidarisme modéré à finalité économique* » (1365). Il s'agit pour le juge de condamner les comportements abusifs lorsque ils sont antiéconomiques, autrement dit « *on peut être contractuellement égoïste si et seulement si ce n'est pas trop antiéconomique pour son contractant [...si cela ne prive pas le partenaire] de l'utilité économique du contrat* » (1366). Cette analyse se justifie au regard des faits de chacune des espèces, dans l'affaire Société France Motors le comportement du concédant était inutilement égoïste et contradictoire puisqu'il distribuait d'importants bénéfices à ses actionnaires, tout en imposant des sacrifices financiers à ses partenaires, qui se voyaient priver de l'effet utile de leur contrat. A l'inverse, il n'y avait pas lieu d'imposer d'obligation d'assistance du distributeur évincé au sein de l'affaire SA Fiat auto France dès lors que le préavis « *suffisait à permettre au concessionnaire de se convertir et de retirer in fine le bénéfice de l'utilité économique du contrat* » (1367).

PARAGRAPHE 2 : OBLIGATION DE COLLABORATION ET DISPARITION DES NORMES COMMUNES DANS LE RESEAU

836. — Cette obligation de collaboration entre le promoteur du réseau et ses membres, voire entre membres du réseau, justifie la présence de nombreuses normes communes que le consommateur s'attend à retrouver lorsqu'il s'adresse à un membre du réseau, or ces normes subissent quelques modifications du fait du règlement n°1400/2002.

837. — **Image de marque.** En ce qui concerne la protection de l'image de marque, le constructeur ne pourra plus être aussi exigeant que par le passé, mais il restera en droit d'en contrôler le respect. Il ne pourra plus utiliser la défense de son image de marque pour interdire certaines formes de distribution *a priori*. Le fait que le constructeur imposait des normes très strictes à ses distributeurs créait au final une image du réseau, celle-ci risque de se diviser et d'être différente selon le type de distribution. Elle continuera à être un signe de ralliement fort dans le réseau traditionnel et tendra au contraire à disparaître ailleurs au profit d'une vision seulement objective du produit. La question de l'image de marque suscite un contentieux au terme de la relation contractuelle puisque le distributeur qui continuerait à utiliser la marque, un signe de ralliement, l'enseigne ou le logo s'expose à une condamnation au titre d'un acte de concurrence

1365 Revue des contrats 2003, n° 1, p.154, obs. M. Behar-Touchais.
1366 Revue des contrats 2003, n° 1, p.154, obs. M. Behar-Touchais.
1367 Revue des contrats 2003, n° 1, p.154, obs. M. Behar-Touchais.

déloyale ou parasitaire (1368). En revanche, l'usage de la marque d'un constructeur par un tiers dans des opérations de ventes commerciales de véhicules d'occasion, voire de services de réparation, est licite dès lors que cette utilisation n'entretient pas de confusion entre ce tiers et le titulaire de la marque (1369).

838. — **Concurrence et protection de l'image de ma rque.** Sur cette question, le règlement n°1400/2002 n'apporte pas de réelles précisions, l'article 2-2, b. dispose simplement que l'exemption s'applique aux « *accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de tels accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique sous réserve que ces dispositions ne comportent pas de restrictions de concurrence visant les biens ou les services contractuels, ayant un objet ou un effet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du présent règlement* ». Dans ce dernier cas il s'agit pour les rédacteurs du règlement de prévenir toute restriction d'apparence accessoire mais qui aurait les mêmes effets anticoncurrentiels qu'une restriction caractérisée (1370).

839. — **Présentation et vente des produits.** Certaines normes sont directement remises en cause par le règlement n°1400/2002, elles tiennent à l'aménagement des locaux et au personnel. Le constructeur devra être moins exigeant quant à l'aménagement intérieur des locaux, il peut seulement exiger un aménagement séparé pour les produits de sa marque (article 1er – 1, b) du règlement n°1400/2002), et un emplacement valorisant. Il ne pourra pas imposer aux supermarchés une clause d'environnement commercial trop stricte, tout au plus pourra-t-il requérir que ses produits soient éloignés des produits concurrents.

840. — **Obligation d'assurer une garantie.** Enfin, le consommateur est en droit d'attendre du réseau auquel il s'adresse une garantie uniforme, l'acheteur a en quelques sortes *« une garantie contre tout le réseau du fabricant »* (1371). Or comme nous l'avons expliqué précédemment la notion de garantie subit une profonde modification du fait de la dissociation du lien vente/ service après-vente, le consommateur ne

1368 Com. 09 février 1993 ; JCP éd. E. 1994, II, 545, note C. Danglehant.
1369 CJCE 23 février 1999, BMW, C-63/97; D. aff. 1999, p.901 – PIBD 1999, III, p.221.
1370 Le TPI et la Commission ont précisé la notion de restriction accessoire : ce sont des restrictions nécessaires et proportionnées à la réalisation de l'opération principale et qui ne sont pas par principe restrictives de concurrence (Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, §3 du Traité, points 28/31 – TPI 18 septembre 2001, Métropole Télévision (M6 Suez Lyonnaise des eaux et a. c/ Commission ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. n° 12, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; Europe 2001, comm. n°327, obs. L. Idot.
1371 Les contrats de concession, P.Le Tourneau, Litec, 2003, n°84 et s.

peut donc requérir du réseau une telle garantie assumée par tous les membres, au contraire il doit d'abord se renseigner quant au type de distributeur avec qui il contracte (1372). L'uniformité créée dans le réseau quant au service après-vente semble d'autant plus remise en cause par une tendance de la Cour de cassation à imposer au revendeur hors réseau l'exécution par ses propres soins de l'obligation de garantie contractuelle (1373). Cette solution est privilégiée, dans le même temps, par quelques auteurs qui y voient une solution au problème de l'exécution de l'obligation de garantie contractuelle dans le réseau de distribution parallèle (1374). Cette situation pourrait conduire à une disparité au sein du système de distribution automobile entre les consommateurs pouvant faire exécuter leurs obligations de garantie contractuelle auprès d'un membre du réseau et ceux disposant de la seule assistance de leur revendeur (1375). En revanche, l'exécution de l'obligation de garantie des vices cachés assurée par le constructeur pour les véhicules acquis par l'intermédiaire des revendeurs appartenant au réseau, mais aussi pour les véhicules vendus par des revendeurs hors réseau, participe à l'élaboration de normes communes pour l'ensemble du réseau. Elle n'est pas remise en cause en soi par le règlement n°1400/2002 dans la mesure où les solutions que nous connaissons en droit interne continuent d'être applicables, ainsi le dernier

1372 La jurisprudence française est cohérente sur ce point par rapport au règlement en ce sens qu'elle admet que la garantie contractuelle ne serait pas due au consommateur final s'étant approvisionné auprès d'un revendeur hors réseau sauf dans le cas où ce revendeur est mandataire du client (Com. 07 octobre 1997, CNPA : Bull. civ. IV, n°245, D. 1998, Jur. p.206, note M. Malaurie-Vignal – Com. 13 janvier 1998, Auto diffusion Lezean ; Contrats, conc. consom. 1998, comm. n°61, obs. L. Vogel, PIBD 1998, III, p.286 – Com. 10 février 1998, Givry c/ Sodirac ; 2ème esp.; Bull. civ. IV, n°65, JCP éd. E 1998, p.1044, note J.-Cl. Fourgoux – Com. 19 octobre 1999, Le Brasseur c/ Garage Sorin ; Bull. civ. IV, n° 168 – Contrats, conc., consom. 2000, n° 6, obs. M. Malaurie- Vignal – RJDA 12/99, n°1320 – D. 2000, p 341 et s., note L. Mauger – Vielpeau – RTD. com. 2000, p.256, obs. S. Poillot-Peruzzetto – Rev. Lamy Dr. aff. 2000, n°23, p.30, comm. 1446 – JCP éd. E 1999, p.1895 et s. note J.-Cl. Fourgoux – D. 2001, somm. p.298, obs. D. Ferrier- LPA 03 juillet 2000, n°131, p.18 et s., note N. Mathey.

1373 Com. 19 octobre 1999, Le Brasseur c/ Garage Sorin ; Bull. civ. IV, n° 168 – Contrats, conc., consom. 2000, n° 6, obs. M. Malaurie- Vignal – RJDA 12/99, n°1320 – D. 2000, p 341 et s., note L. Mauger – Vielpeau – RTD. com. 2000, p.256, obs. S. Poillot-Peruzzetto – Rev. Lamy Dr. aff. 2000, n°23, p.30, comm. 1446 – JCP éd. E 1999, p.1895 et s. note J.-Cl. Fourgoux – D. 2001, somm. p.298, obs. D. Ferrier- LPA 03 juillet 2000, n°131, p.18 et s., note N. Mathey. L'on remarquera que la Cour de Justice a pour sa part décidé que « une clause par laquelle le fabricant s'engage vis-à-vis de son concessionnaire exclusif à accorder une garantie sur ses produits après la vente, et en vertu de laquelle il refuse la garantie aux clients des distributeurs parallèles, est incompatible avec l'article 81, §1 du Traité » CJCE 21 février 1984, aff. 86/82, Hasselblad c/ Commission, Rec. 1984, p.883.

1374 S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, th. Bibl. dr. ent., Litec 2002, n°447 - M. Malaurie-Vignal, sous Com. 19 octobre 1999, Le Brasseur c/ Garage Sorin ; Contrats, conc. consom. 2000, comm. n°6

1375 Il est ainsi possible pour le maître de réseau d'insérer dans le contrat une clause excluant l'exécution de son obligation de garantie contractuelle en cas de vente hors réseau, une telle clause est alors opposable au dernier acquéreur en sa qualité d'accessoire de la chose (Voir en ce sens L. Mauger – Vielpeau, sous Com. 19 octobre 1999, Le Brasseur c/ Garage Sorin ; D. 2000, p 341 et s.).

acquéreur peut agir en garantie des vices cachés tant contre son propre vendeur que le fabricant par une action de nature contractuelle (1376). Enfin, il est possible de considérer sur ce point que la transposition de la directive CE n°1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation facilite une telle harmonisation au sein du réseau dans sa dimension européenne.

SECTION 2 : LE REGLEMENT N°1400/2002 ET LA PROTECTION DES RESEAUX

841. — **Impératif de protection du réseau.** Le réseau représente pour ses membres une protection contre les reventes parallèles, un maillage dense d'un territoire contrôlé par le promoteur du réseau permet de croire en l'efficacité d'une police du réseau. Or cette police du réseau est de plus en plus aléatoire du fait des interventions jurisprudentielles favorables à la libre revente hors réseau, et de l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002.

842. — **Terminologie.** Nous préciserons à ce stade de l'exposé un point de vocabulaire : les opérateurs intervenant sur ce marché de la distribution parallèle (1377), c'est-à-dire celle qui s'organise en dehors de tout réseau de distribution « *officiel* », sont ceux qui distribuent les produits de marque sans pour autant souscrire aux engagements contraignants imposés aux distributeurs sélectionnés, ils sont communément nommés « *passagers clandestins* » ou « *free riders* », « *tiers revendeurs* », ou encore

1376 Ass. Plen. 07 février 1986 ; JCP éd. G. 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; RTD. civ. 1986, p.364, obs. Ph. Remy, cette revue p.594, obs. J. Mestre et p.605, obs. J. Huet. Cependant, la Cour de Justice a préféré qualifier une telle action de délictuelle (CJCE 17 juin 1992, aff. C-26/91, Sté Jakob Handte ; JCP éd. E. 1992, II ? 363, note P.Jourdain ; Rev. crit. DIP 1992, p.730, note H. Gaudemet-Tallon.

1377 Le contentieux qu'elle a pu susciter est particulièrement abondant. V. par exemple : J.Azema, « Réflexions sur la distribution sélective, l'action contre le distributeur parallèle », in Mélanges offerts à Albert Chavanne, Litec 1990, p.195 et s. – M. Behar–Touchais, « La protection du réseau de distribution », in Les aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence, Actes du colloque de l'Université de Toulouse, 24 et 25 mars 1995, Montchrétien, 1996, p.53 et s. – G. Bonnet et J.-M Mousseron, «Donner et retenir ne vaut », CDE 1989, n°2, p.12 et s., et « Donner et retenir ne vaut (II) », CDE 1993, n°1, p.23 et s. – G. Canivet et L. Vogel, « La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire », D. 1991, Chr. p.283 et s. – J.-J. Burst, « La protection de la distribution sélective par l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », CDE 1991, n°5, p.35 et s. – G. Canivet, « L'appréciation judiciaire de la distribution sélective », CDE 1991, n°1, p.6 et s. – P.Jourdain, « Les réseaux de distributions et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau », D. 1990, Chr. p.43 et s. – J.-M. Mousseron, « La jurisprudence des parfums (suite sans fin) », CDE 1990, n° 5, p.8 et s. – M. Mousseron et J.-M. Mousseron, « Le bonheur retrouvé de la distribution sélective », RJDA 1993, doctobre P.7 et s. - M. A. Pirovano, « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution » , in Philosophie et droit économique, Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Fargat, Philosophie et droit économique, éd. Frison Roche 1999, p.211 et s.

tout simplement « *revendeurs hors réseaux* » Au cours de cette étude, nous utiliserons indifféremment ces dénominations.

843. — **Opposabilité du réseau.** La protection du réseau est d'autant plus difficile à assurer du fait de l'existence d'un principe non remis en cause : l'inopposabilité du réseau de distribution aux tiers (1378), le réseau de distribution ne peut donc être opposé aux tiers qui considèrent ce réseau comme un fait juridique, conformément à l'article 1165 du Code civil. En revanche, ils ne doivent pas entraver l'exécution du contrat de distribution en cause et ne pas méconnaître volontairement les engagements contractuels pris par les contractants.

844. — **Solutions jurisprudentielles.** Il s'ensuit que pour satisfaire aux vœux de protection des membres du réseau et de son initiateur, tout en ménageant l'atteinte au principe de libre concurrence, la Cour de cassation a été dans l'obligation d'affirmer qu'il n'y a pas lieu de sanctionner le revendeur étranger au réseau qui commercialise, en l'absence d'actes de déloyauté de nature à engager sa responsabilité délictuelle, les produits distribués par le réseau (1379) (Paragraphe 1).L'intrusion dans le réseau sera considérée comme une faute uniquement si celle-ci s'accompagne de certaines circonstances, telles que la pratique de la marque d'appel, une atteinte au prestige de la marque, ou encore le fait de mettre en vente des produits dont le conditionnement porte la mention de la vente par des distributeurs sélectionnés ou exclusifs (1380) (Paragraphe 2). Ces diverses avancées jurisprudentielles s'étant révélées insuffisante, le législateur a alors promulgué une disposition spécifique afin de lutter contre les reventes parallèles illicites, il s'agit de l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce qui prévoit *« qu'engage la responsabilité de son auteur 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 ou exclusive exempté* ». (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 : LE DROIT DE LIBRE REVENTE

845. — **Fondement de l'action.** Le législateur a pu croire un temps qu'il pouvait régler cette question de la protection du réseau face à une possible intrusion de tiers par le biais de l'action en contrefaçon de marque

1378 J. Duclos, L'opposabilité, préface de D. Martin, LGDJ 1984 – I. Marchesseaux, L'opposabilité du contrat aux tiers, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, LGDJ 1992, p.78 et s.
1379 Cass. Com 13 décembre 1988 ; D. 1989 Somm. P.269, obs. Y. Serra – Cass. Com 10 janvier 1989 ; D. 1989, Jur. p.357, obs. Ph. Malaurie – Cass. com. 13 janvier 1998, L'océane automobile ; RJDA 1998, n°661 – Cass. Com 10 février 1998, Girvy c/ Sodirac ; JCP éd. E , p.1044, obs. J.C Fourgoux – Cass. Com 6 mai 2003, Sté Nina des îles ; Propr. Ind. 2003, n°72, obs. J. Schmidt- Szalewski.
1380 Com 23 février 1993, Chanel ; D. 1994, Jur. p.318, obs. E. Fort- Cardon – Cass. com 9 avril 1996, Sté Angdis c/ Dior ; D. aff. 1996, p.681.

et celle en concurrence déloyale, et il s'avère que seule la seconde a eu une efficacité relative (1381). Deux situations factuelles sont alors possibles : soit le tiers au réseau distribue les produits avec l'aide et la complicité d'un membre agrée, soit au contraire sans que l'on puisse constater une telle connivence.

846. — **Tiers complicité d'un membre agréé.** Dans le premier cas, la théorie de la tierce complicité suffit pour constater la mise en jeu de la responsabilité délictuelle du tiers (1382) et de la responsabilité contractuelle du membre du réseau qui permet cette intrusion interdite (1383), en revanche lorsque une telle complicité n'est pas prouvée, les solutions sont moins tranchées.

847. — **Absence de tierce complicité.** Il est alors impératif de démontrer que le caractère irrégulier de l'approvisionnement, ainsi le 13 décembre 1988 : la cour refuse de juger la vente de produits sélectivement distribués par un revendeur non agréé comme un acte constitutif de concurrence déloyale dès lors que l'irrégularité de leur acquisition n'est pas

1381 Sur l'efficacité de l'action en contrefaçon de marque en matière de réseaux de distribution ; Cf. L. Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, Préface de Y. Guyon, éd. LGDJ 1995, n° 327 et s. – CA Lyon, 06 février 1985 ; JCP éd. E 1985, II, 14602, note, J. Azema – CA Paris, 24 octobre 1989 ; D. 1990, somm. P.372, obs. D. Ferrier – Ch. Le Stanc, « Protection des réseaux de distribution sélective et contrefaçon de marque » ; JCP éd. E 1991, CDE n°3, p.23 – J.-J. Burst, « La protection de la distribution sélective par l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale » ; JCP éd. E 1991, CDE, n°1, p.35. Voir aussi l'article de J. et R. Goyer, « Automobile et secteurs voisins : les prérogatives du titulaire de la marque face au marché gris, aux opératyeurs en ligne, et aux grandes surfaces » ; JCP éd. E 2001, CDE n° 2, p.1 et s.

1382 La Cour de cassation a affirmé au sein d'un arrêt de principe en date du 03 janvier 1964 que « toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction » ; Bull. civ. III, n°3, p.2 – Voir aussi : Com. 30 octobre 1968 ; JCP 1969, II, 15964, note Prieur – 1ère civ. 16 juill1970 ; Bull. civ. I, n°241, p.196 et D. 1970, somm. 203 – Com. 15 octobre 1974 ; Bull. civ. IV, n°247, p.201 – Com. 16 octobre 1974; JCP 1975, II, 18150, note J. Hémard – et ceci d'autant plus si il n'a jamais tenté de se porter candidat à l'entrée dans le réseau : CA Paris, 18 décembre 1986 ; D. 1988, somm. p.23, obs. D. Ferrier – CA Paris, 05 mai 1987 ; JCP éd. E 1987, II, 14931, note A.-L. Vincent - Stark, « Les contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui » ; JCP 1954, I, 1180 - P.Hugueney, De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, Thèse Dijon, 1910 – P.Jourdain, « Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau » ; D. 1990, chron. p.43 – J. Azéma, « Réflexions sur la distribution sélective », in Mélanges Chavanne 1991, p.171 - L. Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995, p.355 et s – J.-P.Viennois, La distribution sélective, th Bibl. dr. ent., Litec 1999 – S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, th. Bibl. dr. ent., Litec 2002.

1383 Com. 10 mai 1994, n° 92-14464, Sté Eve Parfums c/ SA Chanel ; Contrats, conc., consom. Aout-septembre 1994, n° 158, obs. L. Leveneur. Le distributeur peut s'exposer évidemment à une résiliation du contrat de distribution (Com. 12 juillet 1993 Bull. civ. IV, n° 295), pouvant s'assortir d'une interdiction de présenter à nouveau sa candidature à l'entrée dans le réseau (CA Versailles 29 février 1996 ; D. 1997, somm. p.62, obs. D. Ferrier).

établie (1384), le fournisseur qui entendait faire condamner ce tiers indélicat devait démontrer une faute distincte de la mise en vente des produits.

848. — **Appréciation de la charge de la preuve.** Cette première ouverture à la concurrence des réseaux de distribution sélective a suscité de la part de la doctrine un lever de boucliers particulièrement virulents : « *la forteresse risquait de tomber* » (1385), et susciter ainsi « *la marche funèbre des parfumeurs* » (1386) « *désespérés de la justice* » (1387). Au final, le devoir de contrôle du fournisseur (1388) devenait difficile, il était astreint à démontrer en premier lieu le caractère licite du réseau (1389) et le type d'étanchéité qu'il avait mis en place (1390), ensuite l'illicéité de l'approvisionnement du tiers revendeur, et enfin que les produits en cause avaient été effectivement vendus par ce revendeur (1391). Même si ces

1384 Cf. la série d'arrêts rendus pas la chambre commerciale de la Coude de cassation le 13 décembre 1988, n° 86-11973, n° 87-16098, n° 8715521, n° 87-15523, n° 87-16105 ;Gaz. Pal. 8 juin 1989, n° 158 159, note J.- J BURST – RTD civ. 1989, n° 2, p.326, note P.JOURDAIN.- Dalloz, 1989, Jur. p.427, note A. BENABENT. Quelques années auparavant, une solution identique fut affirmée à propos des réseaux de distribution exclusive : Com. 16 février et 12 juillet 1983, Universal c. Fox France et Vareduc c/ GES et a., Bull. civ. IV, n° 69 et 217 – D. 1984, p.489, obs. D. Ferrier.

1385 Selon l'expression de M. A. Pirovano, « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution » , in Philosophie et droit économique, Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Fargat, Philosophie et droit économique, éd. Frison Roche 1999, p.211 et s.

1386 J.-P Marchi, Gaz. Pal. 16 mai 1992, p.23.

1387 Selon les mots de l'Avocat général de la Cour de cassation ; J. Jeol, « La protection des réseaux... : faut-il désespérer de la justice ? » ; JCP éd. G 1992, I, 3588.

1388 Rappelons ici que l'initiateur du réseau doit assurer la police du réseau, une carence en matière peut consister en une passivité du fournisseur dans le recherche de la source d'approvisionnement du tiers, ou encore lorsqu'il n'a pas réellement cherché à découvrir lequel de ses distributeurs agréés a violé son obligation contractuelle de non- rétrocession hors du réseau ; (CA Paris, 28 septembre 1989 ; D. 1990, somm. p.371, obs. D. Ferrier).

1389 Cette démonstration s'opère au regard de la prohibition des ententes en droit interne et communautaire, en pratique elle peut être fondée sur l'apparence de licéité du réseau (Com. 15 mars 1994 ; D. 1995, Somm. 83, obs. D. Ferrrier – RJDA 1993, 1, note J. Reynaud.) ou encore par une validation antérieure du réseau pour une autorité nationale de concurrence (Com. 15 mars 1994 ; D. 1994, Somm. 81, obs. D. Ferrier.) ou par un juge (CA Rouen, 08 décembre 1992 ; D. 1995, Somm. 83, obs. D. Ferrier).

1390 Mais sans être tenu de démontrer la réalité de cette étanchéité : Com. 23 février 1993, Dior c/ Leclerc ; Contrats- conc.- consom. 1993, n° 71, obs. Vogel. La Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire Metro – Cartier (CJCE 13 janvier 1994, Metro c/ Cartier, aff. C-376/92) a précise sur ce point que « l'étanchéité d'un réseau mondiale d'un réseau sur toute la Communauté n'est pas une condition de validité du réseau au regard du droit communautaire » ; Rec. p.15 - BRDA 1994/3, p.13 – LPA 11 juin 1994, obs. L. Cartou – Contrats, conc., consom. 1994, n° 30 – R. Kovar, « Le dernier Metro, l'étanchéité des réseaux de distribution : un réseau peut être ouvert ou fermé », CDE 1994, n° 4 – Rev. du marché comm. et de l'Union eur. 01/01/95, p.46 et s., obs. L. Vogel.

1391 Si le fournisseur soupçonne un membre de son réseau de se livrer à des ventes parallèles, il peut exiger la production de factures (il est d'ailleurs vivement conseillé aux constructeurs d'organiser contractuellement cette communication), mais sans rendre cette production systématique, il ne peut exiger cette communication uniquement « lorsque des éléments portent à croire que le distributeur participe à la revente de produits contractuels » (Décembre Comm. 16 décembre 1991 ; JOCE n°L. 12 du 18 janvier 1992, p.24 – Rev. Conc. consom. Sept/Octobre 1992, n° 69, obs. A. Dupeyron – D. 1992, p.303, obs. G. Bonet.). En pratique, si le constructeur se voit opposer un refus, il est en droit de demander une telle

solutions avaient trait pour l'essentiel à des réseaux de distribution sélective (1392), la Cour de cassation appliqua cette solution, en des termes identiques, aux réseaux de distribution exclusive (1393), même si en la matière la liberté de revente du distributeur agréé est davantage étendue (1394), il serait préjudiciable aux intérêts du consommateur et contraire au principe de libre concurrence de renforcer l'exclusivité territoriale concédé en interdisant toute possibilité d'approvisionnement parallèle.

PARAGRAPHE 2 : UNE LIMITE : L'ACTION EN CONCURRENCE DELOYALE

849. — **Compromis.** Alors que l'Avocat Général Raynaud enjoignait à la Cour de cassation de « rompre avec sa jurisprudence antérieure et de considérer, une bonne fois pour toute, que le distributeur commet une faute du seul fait de la commercialisation du produit, et ceci au nom du bon sens et de l'équité », La Cour de cassation préféra alors rechercher un compromis entre l'exigence de protection des distributeurs qui ont opté pour une intégration dans un réseau de distribution au prix d'un certain nombre d'investissements et le principe de libre concurrence.

850. — **Jurisprudence Azzaro.** La Cour de cassation revint donc sur la solution traditionnelle par une série de huit arrêts le 27 octobre 1992

---

production en recourrant à l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile disposant que « s"il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé » (par exemple CA Aix-en-Provence, 06 décembre 1991, Chanel c/ Grisetti ; RJDA 7/92, n° 698).

1392 La jurisprudence relative à la licéité de la revente hors réseau est essentiellement issue du contentieux des réseaux de distribution sélective, dans ce type de réseau la protection contre l'intrusion de tiers revendeurs est essentielle à la viabilité et à l'efficacité du réseau. C'est l'essence même d'un tel contrat que de sélectionner rigoureusement les revendeurs, il est donc impératif pour le fournisseur de prévoir une telle clause d'étanchéité. Cette faculté a d'ailleurs été reprise expressément par les deux règlements principaux en matière d'accords verticaux ; le règlement n°2790/1999 autorise « la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agrées » (article 4,b), le règlement n°1400/2002 dispose de la même façon que l'exemption est applicable à « la restriction des ventes, par les membres d'un système de distribution sélective, de véhicules automobiles neufs et de pièces de rechange à des distributeurs non agréés sur les marchés où la distribution sélective est pratiquée,sous réserve des dispositions du point i) » (article 4-1, b, iii).

1393 Com. 16 février 1983 ; Bull. civ. IV, n°69, p.59 - D. 1984, p.489, note D. Ferrier – et Com. 12 juillet 1983 ; Bull. civ. IV, n°207, p.188 – Com. 30 janvier 2001, n° 99-11076; n° Juris – Data 2001-008079 – Com. 18 octobre 1994, Sté Time; JCP éd. G. 1994, IV, 2581.

1394 Ex. En matière de distribution automobile > début d ela thèse. Rappelons simplement qu'en matière de distribution exclusive automobile une telle restriction des ventes peut être interdite en tant que telle (article 4-1,b du règlement n°1400/2002), quant aux autres types de contrats de distribution exclusive, une telle clause d'interdiction de revente à des distributeurs hors réseau risque d'être annulée car considérée comme anti-concurrentielle.

(1395), en retenant le grief de concurrence déloyale de manière plus large (1396). Il peut être constaté si le tiers revendeur refuse de justifier la provenance des produits, et notamment lorsque la source d'approvisionnement émane d'un membre agrée du réseau, il s'agit ici de décharger le fournisseur du fardeau de la preuve qui pesait sur lui, l'objectif de la Cour était alors de faciliter la constatation de la faute du tiers. Cette faute peut donc être caractérisée par la tierce complicité du tiers qui contribue, de par son comportement, à la violation d'une clause d'interdiction de revente hors réseau, ou par un acte de parasitisme.

851. — **Présomptions de faute.** Dans un second temps, la Cour est venue préciser une circonstance importante : l'apposition de la mention « *ne peut être vendue que par des distributeurs agréés* » sur le produit peut fonder à elle seule une action en concurrence déloyale du fournisseur contre le tiers revendeur (1397), voire une condamnation pour publicité trompeuse (1398). En revanche, la Cour est venue préciser que l'on ne peut faire peser sur le tiers revendeur une présomption d'approvisionnement irrégulier, et qu'ainsi « *il ne saurait être tenu de rapporter la preuve de l'acquisition régulière des véhicules litigieux par le vendeur auquel il s'est adressé, cette recherche incombant au fabricant* » (1399). La solution était prévisible car affirmer le contraire reviendrait à mettre à la charge de ce tiers revendeur une preuve quasi impossible, mais à l'inverse le fournisseur aurait davantage de difficulté dans la démonstration de la mauvaise foi du tiers revendeur (1400).

852. — **Critiques.** Certains opposent à cette analyse jurisprudentielle l'inadaptation de son fondement, l'on glisserait du domaine de la concurrence déloyale vers celui des agissements parasitaires,

---

1395 Com.27 octobre 1992, Azzaro; D. 1992, p.505, note A. Bénabent; Les grands arrêts du droit des affaires, p.260 ; RJDA 1/1993, n°17 à 20.

1396 L'acte de concurrence déloyale est constitué par le fait que ce tiers revendeur « commercialise sans être soumis aux contraintes habituelles des distributeurs agrées et bénéficie de la valeur publicitaire de la marque pour développer sa propre commercialisation

1397 Com. 10 décembre 1990, 2 arrêts non publiés au Bulletin, cité par A. Bénabant, note sous Com. 27 octobre 1992 ; D. 1992, II, p.505.

1398 Voir notamment l'arrêt Nina Ricci; Com. 24 novembre 1992 ; Contrats- conc.- consom. 1993, comm. n° 36, p.13, obs. G. Raymond.

1399 Com. 19 octobre 1999, Sté Le Brasseur c/ Sté Automobile des garages Sorin et a. ; Bull. civ. IV, n° 168 – Contrats, conc., consom. 2000, n° 6, obs. M. Malaurie- Vignal – RJDA 12/99, n°1320 – D. 2000, p 341 et s., note L. Mauger – Vielpeau – RTD. com. 2000, p.256, obs. S. Poillot-Peruzzetto – Rev. Lamy Dr. aff. 2000, n°23, p.30, comm. 1446 – JCP éd. E 1999, p.1895 et s. note J.-Cl. Fourgoux – D. 2001, somm. p.298, obs. D. Ferrier- LPA 03 juillet 2000, n°131, p.18 et s., note N. Mathey – Com. 25 avril 2001, SPEA et a. ; Contrats, conc. consom. 2001, n°108, obs. M. Malaurie- Vignal – JCP éd ; E 2001, p.1099, note J.-Cl. Fourgoux – RTD com. 2001, p.881

1400 En l'espèce, les tiers revendeurs s'étaient approvisionnés auprès de loueurs ayant renvendu comme neufs des véhicules, il semble donc difficile d'affirmer que ces tiers n'avaient pas conscience de la fraude ; un loueur n'est pas censé revendre des véhicules, et à l'extrême l'interdiction n'aurait pas à être expréssement mentionnée (Sur ce point Cf. Commentaire de M. Malaurie- Vignal : Contrats, conc. consom. 2001, n°108.

or si l'on considère que le parasitisme « *vise à protéger le demandeur ne disposant d'aucun droit privatif* » (1401), une telle protection ne serait plus légitime juridiquement et ce même si le distributeur serait en droit d'attendre l'amortissement des investissements réalisés. Pourtant la Cour de cassation a opéré ce glissement, il trouve sa cause dans l'insuffisance du fondement qui constitue l'action en concurrence déloyale (1402), et cela du fait que « *la commercialisation des produits par un tiers n'a pas pour effet essentiel de désorganiser le réseau du concurrent* » (1403). Plus précisément, ce serait « *la protection de la cohésion d'ensemble d'un réseau de distribution, en évitant qu'un tiers tire profit de l'exploitation de l'œuvre à laquelle il n'a pas participé* » (1404).

853. — **Droit privatif sur le réseau.** A cela, Mme Amiel – Cosme, à partir de la notion d'opposabilité du réseau, propose de s'interroger sur l'existence d'un droit privatif sur le réseau appartenant à l'initiateur du réseau (1405). Elle considère qu'il ne faut pas raisonner sur « *l'effet du lien bilatéral, conception étroite de l'accord cadre, mais sur l'effet d'une multitude de liens bilatéraux* », sachant au demeurant que le tiers revendeur n'empêcherait pas « *l'exécution de l'obligation de l'une des parties* ». Au contraire, en considérant le réseau dans son ensemble, il serait logique d'admettre que l'efficacité du réseau serait à l'origine, justifierait, son opposabilité, l'on pourrait alors aisément « *autoriser l'initiateur de réseau à détenir un droit privatif sur son réseau tendrait à faire reconnaître son existence par les tiers car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître, le réseau ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties* » (1406). L'auteur tente alors de faire échec à un obstacle de taille : seuls les droits réels sont opposables en tant que tels aux tiers, elle rejoint en cela l'opinion du Professeur Billiau selon laquelle « *l'opposabilité serait la force obligatoire du contrat envisagée du point de vue des tiers* » (1407). Ces droits réels sont de surcroît inscrits au sein d'une liste limitative, et concernent par principe des biens corporels, même si ce principe a été largement remis en cause. En réalité, l'auteur détourne cet obstacle en faisant valoir l'existence, non contestée aujourd'hui, de nombreux droits intellectuels qui confèrent à leur titulaire un droit exclusif d'exploitation, il

1401 L. Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995, p.355 et s, cité par M. A. Pirovano, « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution » , in Philosophie et droit économique, Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Fargat, Philosophie et droit économique, éd. Frison Roche 1999, p.211 et s.
1402 L'action en concurrence déloyale ne peut aboutir, rappelons le, qu'autant que le juge puisse constater une démarche visant à imiter le produit ou son mode de commercialisation, à désorganiser le réseau, ou encore à le dénigrer.
1403 Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995, p.363.
1404 Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995, p.351.
1405 Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995, p.351 et s.
1406 Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995, p.357.
1407 M. Billiau, L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel, in Les effets du contrats à l'égard des tiers, Séminaire de droit comparé Franco- Belges, LGDJ 1992, p.183 et s.

s'agit par exemple des brevets, des dessins et modèles…, ou encore la notion de fonds de commerce. En considérant que ces droits sont opposables aux tiers en raison de ce droit exclusif d'exploitation, il serait alors permis « *de dire que le fruit de la collaboration des membres du réseau de distribution contribue à reconnaître à leur profit, un droit à exploitation commune exclusive […] il n'y aurait pas de distinction de nature à opérer entre, par exemple, celui qui crée une œuvre littéraire ou artistique et qui se voit conférer un droit d'exploitation de son œuvre, et l'initiateur d'un réseau qui devrait légitimement se voir assurer du même droit […] le droit porterait directement sur le réseau, constituant ainsi un nouveau droit de propriété incorporelle.*» (1408). Le tiers revendeur conserverait ainsi, malgré la reconnaissance de ce droit, la liberté de démarcher la clientèle.

854. — **Inadaptation structurelle de l'action en concurrence déloyale.** Plus largement ce sont au fond les notions mêmes de concurrence déloyale et de parasitisme qui sont à l'origine des difficultés et précisément la multiplicité de leurs fondements et de leurs utilisations (1409).L'on rejoint alors la critique de certains auteurs qui s'opposent à la prolifération de ces droits privatifs et autres « *revendications d'espace de non-concurrence, d'exclusivité, voire de « propriété »* » (1410), dont l'exemple le plus topique serait la théorie du parasitisme économique, utilisée « *pour pousser la sanction au-delà du raisonnable* » 1411 et conférer aux valeurs économiques (telle par exemple celle du réseau de distribution) une protection péremptoire (1412). Ajoutons qu'en pratique, l'action en concurrence déloyale n'apporte pas satisfaction ; la condamnation du juge peut intervenir

1408 Amiel – Cosme, Les réseaux de distribution, LGDJ 1995, p.358. l'auteur cite au soutien de son analyse d'autres opinions doctrinales similaires : B. Schaming, « Pourquoi la distribution sélective n'est pas condamnée : plaidoyer pour un renouveau de la réflexion » ; CDE 1992, n° 5, p.17.

1409 M.-A. Frison – Roche, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et parasitaire » ; RJDA 1994, n° 6, p.483 et s.

1410 I. et G. Parléani, « 2001, la tentation du moyen âge, l'exemple du parasitisme », in Mélanges en l'honneur de Ch. Gavalda, « Propos impertinents de droit des affaires », éd. Dalloz, 2001, p.243 et s. Ces auteurs remarquent que cette revendication est très ancienne, le Doyen Ripert, notamment, affirmait ainsi que « dès qu'apparaît la possibilité d'une exploitation exclusive, les intéressés demandent au législateur de sanctionner l'existence de leur droit » (Ripert, Les forces créatrices du droit, p.203.

1411 I. et G. Parléani, « 2001, la tentation du moyen âge, l'exemple du parasitisme », in Mélanges en l'honneur de Ch. Gavalda, « Propos impertinents de droit des affaires », éd. Dalloz, 2001, p.243 et s, n° 13.

1412 I. et G. Parléani, « 2001, la tentation du moyen âge, l'exemple du parasitisme », in Mélanges en l'honneur de Ch. Gavalda, « Propos impertinents de droit des affaires », éd. Dalloz, 2001, p.243 et s, n° 5. Les auteurs opèrent un rapide bilan d'une jurisprudence qu'ils considèrent comme contestable dans la mesure où elle fait intervenir des notions davantage morales que juridiques : « on peut ainsi relever la condamnation de conditions de ventes « anormales » de marchandises licitement acquises (Com. 21 juin 1994 ; RTD. com. 1995, p.180, obs. critiques Bouloc) ou de commerçants qui ne supportent pas les contraintes « habituelles » de ceux qui vendent habituellement les produits considérés (Paris 07 juin 1995 ; Gaz. Pal. 1996, I, somm. 145). L'habitude, ou la normalité, deviennent des critères de licéité, par le détour du parasitisme ».

tardivement, et permettre ainsi au tiers revendeur d'écouler une grande quantité de produits, ensuite l'indemnisation est limitée au préjudice liée à la vente des produits en elle-même, et ne vise en aucun cas à réparer par exemple la désorganisation d'un réseau, l'atteinte à son image de marque. La démarche de Mme Amiel- Cosme est symptomatique de l'embarras qu'il y a à tenter de justifier la protection du réseau en tant que valeur économique, et place finalement des considérations morales au cœur de cette justification (1413). A l'inverse, il serait souhaitable de constater la faute objective de celui auquel on oppose un droit, et non pas son intrusion au sein d'un marché que l'on désire par définition concurrentiel. Si nous posons en principe la notion de contestabilité du marché, l'on se doit dans le même temps d'accepter l'intrusion sur le marché des revendeurs hors réseau, sous réserve qu'ils respectent certaines conditions.

PARAGRAPHE 3 : UNE PROTECTION LEGALE ET PRETORIENNE SUFFISANTE

855. — **Initiative législative.** La construction jurisprudentielle élaborée et le principe d'effet utile du droit communautaire en ce qu'il valide « *à la fois le réseau en posant des critères objectifs de caractère qualitatif, et en ce qu'il reconnaît que l'objectif des membres du réseau peut être de se protéger contre les reventes parallèles* » (1414) semblaient suffire à assurer une légitime protection. Pourtant, dans le souci d'accorder une dimension législative à la « *forteresse* », le législateur a posé le principe général de la responsabilité délictuelle du tiers revendeur qui participe « *directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence* » (texte issu de la loi du 1er juillet 1996 codifié à l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce).

1413 Ici encore les auteurs formalisent en quelques lignes l'incohérence juridique qui règne lorsque l'on tente de justifier la protection en tant que telle du réseau : « le travail réalisé ne doit pas être vidé de sa substance (Versailles, 19 décembre 1996 ; Gaz. Pal. 1997, I, somm., 249 – Versailles 05 décembre 1996 ; Gaz. Pal. 1997, I, somm. 230 – Paris, 13 décembre 1995 ; Gaz. Pal. Décembre 1996). Chacun est en droit d'attendre des « retours » de ses « efforts » (Paris 04 octobre 1996 ; PIBD 1997, 624, III, 39). La maîtrise de la « création » de la « valeur économique » doit être « préservée » comme l'expérience (Com. 13 février 1990 ; Gaz. Pal. 1990, II, Pan. 180).
De la même manière, M. Le Professeur Pirovano s'insurge contre la démarche de certains visant « à couvrir ce paroxysme de la propriété intellectuelle sous la bannière de la morale et de la loyauté, en vue de rattacher, de la manière la plus artificielle qui soit, les solutions aux principes de la responsabilité civile moralisées par l'éthique et la déontologie », M. A. Pirovano, « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution » , in Philosophie et droit économique, Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Fargat, Philosophie et droit économique, éd. Frison Roche 1999, p.211 et s.

1414 A. Pirovano, « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution » , in Philosophie et droit économique, Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Fargat, Philosophie et droit économique, éd. Frison Roche 1999, p.211 et s.

En dépassant l'erreur rédactionnelle qui y est contenue (1415), certains ont mis en exergue une difficulté d'interprétation, qui au demeurant n'en est pas une, du fait de l'emploi des termes « *directement ou indirectement* », ils ont conclu que l'emploi de cette formule permettait de conclure à une condamnation de principe de la revente hors réseau (1416). Or en réalité, l'interprétation de l'article doit être faîte au regard de l'article dans son entier, et ceci afin de conclure que la seule condamnation est simplement relative à la tierce complicité (1417).

856. — **Illustration.** Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris (1418) est venu récemment apporter quelques précisions quant à l'application de ce texte, application qui n'a pas donné lieu à un contentieux important jusqu'alors. La société La roche Posay a fait le choix de la distribution sélective pour la commercialisation des ses produits cosmétiques, elle a chargé une autre société de sélectionner les distributeurs répondant aux critères d'agrément. La société LCJ Diffusion n'était pas un distributeur agréé, mais commercialisait néanmoins les produits de la société La roche Posay qu'elle s'était procurés auprès d'une pharmacie autorisée temporairement à revendre ces produits, sous réserve de refuser la vente à des distributeurs non agréés. La société La Roche Posay l'a donc assignée devant le Tribunal de Commerce de Créteil et ce dernier condamna la société LCJ diffusion le 22 avril 2003 (1419). La société *LCJ Diffusion* interjeta appel du jugement en invoquant deux moyens principaux : le réseau mis en place par la société La Roche Posay était illicite au regard des de droit de la concurrence et l'appelante n'avait pas commis de faute engageant sa responsabilité du fait de son approvisionnement auprès d'un détaillant. La Cour vérifia les conditions d'application de l'article L. 442-6-I, 6° du Code de commerce ; il fallait notamment constater :

1415 Les commentateurs de la loi du 1er juillet 1996 ont fait remarquer à juste titre que la disposition légale ne semblait concerner que « les accords exemptés au tire des règles applicables de droit de la concurrence », or de nombreux accords peuvent être exemptés par le biais d'autres techniques, ainsi par exemple l'utilisation de la règle de raison peut s'avérer utile. M. Vogel, par exemple, recommande de dépasser cette lacune au nom de l'esprit de la loi (in Contrats, conc. consom. 1996, n°139) et d'englober tous les accords pouvant être exemptés.

1416 J.-P.Tran Thiet, L. Rakotovao, O. Fréguet et S. Vital – Durand, « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », Contrats, conc. consom. 1996, Chr. n°11, p.4 et s, cité par M. Chagny dans sa thèse.

1417 En faveur de cette interprétation : M. A. Pirovano, « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution » , in Philosophie et droit économique, Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. Fargat, Philosophie et droit économique, éd. Frison Roche 1999, p.211 et s. – M. Malaurie – Vignal, note sous Com. 07 octobre 1997 ; D. 1998, p.206 et s.

1418 CA Paris, 5ème ch., sect. A, 8 juin 2005, SA LJ Diffusion c/ Sté La Roche Posay et SNC Cosmetic Active France ; RLC 2005/5, n°5, note J.-P.Viennois – RLC 2005/4, n°322, obs. M.-E. André – Propr. industr. 2005, comm. n° 68.

1419 T. com. Crétail, 22 avril 2003, RG n° 200100618.

- la licéité du réseau,
- un approvisionnement auprès d'un membre du réseau,
- des comportements déloyaux et parasitaires.

857. — **Licéité du réseau.** La Cour d'appel de Paris entama au préalable une analyse de la licéité du réseau au regard du règlement CE de la Commission n° 2790/99 du 22 décembre 1999, il s'agissait de vérifier que le réseau mis en place par la société La Roche Posay se trouvait « *couvert* » par ce règlement catégoriel, sachant qu'en la matière la preuve doit être apporté par l'organisateur du réseau. La société Roche Posay démontra alors à la Cour que dans la mesure où elle ne détenait pas plus de 30 % de parts de marché, le réseau qu'elle avait mis en place était présumé conforme au texte, sans qu'il soit nécessaire d'analyser les effets réels du réseau sur la concurrence. L'analyse de la Cour aurait dû s'interrompre à ce stade, or elle ajoute que « *les restrictions apportées par le réseau à la commercialisation des produits sont justifiées par leur haute technicité et leur qualité* » (1420), et souligne l'objectivité des exigences faites aux revendeurs, pour en déduire que « *les critères de sélection des revendeurs sont objectifs et ont un caractère qualitatif* » (1421). Il s'agit ici pour la Cour d'apprécier la licéité du réseau au regard de la règle de raison (1422) par laquelle le juge recherche si les critères de sélection des distributeurs sont justifiés par la nature du produit, s'ils sont objectivement appliqués sans que l'on puisse constater de procédés discriminatoires, si ces critères répondent à ces exigences, il pourra conclure à la licéité du réseau au regard de l'article 81, paragraphe 1 du Traité CE. Le Professeur Viennois s'interroge sur l'opportunité juridique de ce second type d'analyse, en effet « *la Cour aurait dû, soit se borner à relever le jeu de la règle de raison et en déduire la licéité du réseau sans viser le règlement, soit relever l'absence de jeu de la règle de raison et s'appuyer sur le règlement* » (1423).

858. — **Régularité de l'approvisionnement.** L'approvisionnement auprès d'un membre du réseau était démontré par le biais de diverses factures produites au débat, quant aux comportements déloyaux et parasitaires, ils ressortent des conditions d'exposition des produits : ils étaient contenus dans des cartons sans que les exigences de présentation, d'environnement, de conseil à la clientèle requises des membres du réseau soient respectées (1424 Finalement, la Cour conclut que la société LCJ Diffusion s'est affranchie des contraintes pesant sur les membres du réseau

1420 CA Paris, 5ème ch., sect. A, 8 juin 2005, SA LJ Diffusion c/ Sté La Roche Posay et SNC Cosmetic Active France.
1421 Cité par J.-P.Viennois dans sa note sur l'arrêt ; RLC 2005/5, n°5.
1422 Cf. Introduction de la présente étude.
1423 J.-P.Viennois, RLC 2005/5, n°5.
1424 Pour un précédent : Com. 18 octobre 1994, Sté Time et Diamonds c/ Monting ; Bull. Civ. IV, n°310 – D. 1997, somm. p.61, obs. D. Ferrier – JCP éd. G, 1995, I, 3583, n°5 et s., obs. G. Viney – D. 1995, somm. p.261, obs. Y. Serra – D. 1996, p.311, note I. Krimmer.

de distribution sélectif, tout en bénéficiant de leurs investissements et de leurs efforts pour assurer le renom de la marque.

859. — Les solutions que nous avons dégagées sont applicables, tantôt aux réseaux de distribution sélective, et tantôt à des réseaux de distribution exclusive, ou encore à ces deux types de réseaux, elles peuvent être transposables au secteur de la distribution automobile, même si quelques particularités existent.

PARAGRAPHE 4 : REVENTE HORS RESEAU ET DISTRIBUTION AUTOMOBILE

860. — **Légalité de principe de la revente hors réseau.** La première particularité tient au fait que les différents règlements d'exemption automobiles ne font pas obstacle à l'activité de revendeur hors réseau (1425), au contraire la Cour de Justice a affirmé, suite à une question préjudicielle, que «*le règlement (CEE) nº 123/85 de la Commission du 12 décembre 1984, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité CEE à des catégories d'accords, de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, doit être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un opérateur, qui n'est ni revendeur agréé du réseau de distribution du constructeur d'une marque automobile déterminée ni intermédiaire mandaté au sens de l'article 3, point 11, de ce règlement, se livre à une activité de revente indépendante de véhicules neufs, de cette marque* » (1426), et précisé au sein d'une autre affaire rendue le même jour que « le « *règlement ne s'oppose pas davantage à ce qu'un opérateur indépendant cumule les activités d'intermédiaire mandaté et celles de revendeur non agréé de véhicules provenant d'importations parallèles* » (1427). Par ces deux arrêts, la Cour de Justice ne fait que rappeler un principe affirmée de longue date : un règlement d'exemption automobile n'a vocation à régir que les rapports contractuels entre les fournisseurs et leurs distributeurs agréés, en fixant les conditions auxquelles certains accords qui les lient sont licites au regard des règles de concurrence du Traité, il ne

1425 A l'inverse, les tiers revendeurs hors réseau ne peuvent se servir des différents règlements d'exemption pour faire échec à l'action dirigée contre eux par les constructeurs ; certains ont tenté de faire échec à ces actions en invoquant la nullité du contrat organisant le réseau. Or comme l'a rappelé la Cour de Justice des Communautés dans sa décision VAG Magne du 18 décembre 1996, la non-conformité d'un contrat à un règlement d'exemption n'entraîne pas ipso facto la nullté de l'accord (CJCE 18 décembre 1996, aff. 10/86, VAG Magne ; Rec. CJCE I, p.4071 – JCP éd. G, II, n°2082, obs. P.Durand). Cf sur ce point nos développements relatifs à l'autorité d'un règlement d'exemption.

1426 CJCE 15 févr. 1996, aff. C-226/94, Grand Garage Albigeois et autres c/Garage Massol, Rec. CJCE 1996, p.667 ; Europe 1996, nº 156, obs. L. Idot L. - JCP éd. E 1996, I, nº 3978, obs. M.-C Boutard-Labarde.

1427 CJCE 15 févr. 1996, aff. C-309/94, Nissan France et autres c/Dupasquier J.-L. et autres, Rec. CJCE 1996, p.692 - Contrats, conc., consom. 1996, nº 43, obs. L. Vogel - D. affaires 1996, no 419 – LPA 6 septembre 1996, p.13, obs. Lopez-Gonzalez.

régule en aucun cas l'activité de tiers à ces relations (1428). La Cour de cassation a confirmé ce principe par l'arrêt Gauvin rendu le 09 juillet 1996 (1429).

861. — **Action des constructeurs.** A l'instar des solutions dégagées par la jurisprudence à propos des autres types de réseaux de distribution, les constructeurs automobiles peuvent intenter une action en concurrence déloyale contre les revendeurs hors réseau, elle répond alors aux mêmes exigences. La revente hors réseau n'est pas en soi constitutive de concurrence déloyale, mais elle peut le devenir dans certaines circonstances :

- Publicité trompeuse ou mensongère (1430
- Le dénigrement ou la désorganisation du réseau (1431)
- Le refus par ce tiers de justifier son approvisionnement, ou la constatation de l'irrégularité de celui-ci.

862. — **Solutions du REC.** L'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 n'a pas perturbé cet état jurisprudentiel, comme les précédents règlements il a pour unique objet de fixer les conditions d'exemption des accords de distribution automobile, et non de régir l'activité de tiers. Le texte apporte cependant une précision supplémentaire : les constructeurs ne peuvent interdire aux distributeurs exclusifs les ventes passives envers des revendeurs indépendants, ils peuvent en revanche s'opposer à toute revente à un tiers non agréé s'ils sont opté pour un système de distribution sélective. Finalement, l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 n'a pas entraîné de bouleversements significatifs en ce qui concerne le contentieux de la revente hors réseau ; les mêmes solutions jurisprudentielles restent applicables. Une seule disposition du règlement peut être considérée comme favorisant la distribution parallèle : la faveur qui est accordée aux mandataires automobiles, nous avons

1428 En ce sens ; J. Vogel, « Le contentieux des règlements d'exemption automobile dans la jurisprudence française récente » ; Lamy droit économique, Bull. d'actualité septembre 2001, n° 143.

1429 Com., 9 juillet 1996, nos 94-14.723, 94-14.786 et 94-14.787, SPEA c/ CNPA, Garage Gauvin c/ CNPA et autres, Garage Relais de Chaurey c/ CNPA et autres ; Bull. civ. IV, no 204 - D. 1996, I.R., p.212 - D. 1997, som. p.56, obs. D. Ferrier - JCP éd. E 1996, Pan., p.872 – LPA du 8 octobre 1996, p.5.

1430 Même si la Cour de cassation a affirmé que « la Cour d'appel.

1431 Com. 24 juin 1997, n° 95-12154 : « la société Cecopart [le revendeur hors réseau] a adressé à de nombreux concessionnaires et agents de la marque Nissan des circulaires incitant ces derniers à violer leurs engagements contractuels en adhérant à son système de distribution et à son service télématique de centralisation des commandes, circulaires qui dénigrent les réseaux de distribution exclusive des constructeurs en qualifiant ces derniers de "requins" à l'égard de leurs distributeurs ; que la cour d'appel a pu en déduire, sans modifier les termes du litige, que la diffusion systématique de ces documents aux professionnels faisant partie du réseau de distribution de l'importateur de la marque Nissan doit être considérée comme une tentative de désorganisation de ce réseau et constitue un acte de concurrence déloyale ».

expliqué précédemment que dès lors qu'ils présentent un mandat signé et daté par un utilisateur final individuel indiquant le nom et l'adresse du consommateur, ils ne peuvent se voir opposer un refus de vente par le distributeur. Or si cette exigence formelle est respectée, il n'y a aucune raison objective pour que le nombre de véhicules vendus sur le marché parallèle s'en trouve augmenté, la discipline qui doit régner dans le réseau, et l'efficacité des contrôles mis en place par les constructeurs devront le garantir.

863. — **Protections originales du réseau.** Un auteur a proposé des solutions novatrices pour remédier à de tels comportements opportunistes (1432) ; certaines relèvent d'une démarche passive dans la mise en œuvre du principe d'opposabilité, alors que d'autres sont exclusivement à rattacher au renforcement de l'étanchéité du réseau.

864. — **Publicité de l'existence du réseau.** Dans la première proposition, il s'agirait d'abord de faciliter la connaissance du réseau par les tiers. Plusieurs moyens matériels le permettent : la mention *« vente exclusive par un distributeur agréé »*, mention à laquelle peut s'ajouter un marquage spécifique du produit. Cette pratique consiste pour les fournisseurs à identifier précisément les produits afin de retrouver précisément l'identité du distributeur responsable de la vente hors réseau. Rien ne s'oppose juridiquement à un tel marquage spécifique, en revanche le fournisseur qui décide de le mettre en œuvre doit faire preuve de mesure, il ne doit pas s'agir de s'opposer à toute possibilité de distribution parallèle. Cet instrument doit être limité au contrôle de la licéité des ventes opérées par les distributeurs, en d'autres termes le fournisseur pourra se référer aux marquages effectuées afin de prendre des sanctions à l'encontre de distributeurs ne respectant pas leurs obligations contractuelles, mais il sera dans l'impossibilité d'utiliser ce moyen pour exercer des pressions sur les distributeurs profitant des possibilités de revente qu'ils sont offertes par leurs contrats, ou par le règlement (1433). Se pose alors la question de la valeur probatoire de ce marquage : un fournisseur peut-il démontrer le caractère irrégulier de l'approvisionnement du tiers revendeur à partir de ce marquage ? Ici encore, nous pensons qu'une telle faculté existe, même si en pratique il semble que cette preuve soit difficile à obtenir : en général les constructeurs intentent une action à partir de soupçons dirigés contre certains revendeurs, mais leur action ne repose pas matériellement sur des véhicules en particulier, le consommateur qui a acquis un véhicule par le

1432 S. Lebreton, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution, Dir. J. Raynard, Préface M. Pédamon, Litec 2000, collec. Bibliothèque du droit de l'entreprise, n°351 et s.

1433 Nous avons par exemple évoquer le droit pour un distributeur de vendre à un mandataire présentant un mandat écrit de la part d'un consommateur indiquant le nom et l'adresse du consommateur, le fournisseur qui déciderait d'un marquage des produits en fonction du distributeur ne pourrait a posteriori exercer des pressions sur ce dernier.

biais de la distribution parallèle n'est pas dans l'obligation de répondre aux questions du constructeur sur l'identité de son vendeur. L'auteur propose au surplus la création d'un système de publicité légale des situations d'exclusivité. Une autre solution consisterait à instaurer une présomption de connaissance fondée sur la notoriété du réseau et qui pèserait sur tous les professionnels d'une même branche d'activité, la teneur de la présomption dépendant du niveau de notoriété du réseau.

865. — **Etanchéité du réseau renforcée.** L'étanchéité du réseau devrait être renforcée, cet objectif peut être atteint par une généralisation de la clause d'interdiction de revente hors réseaux et un renforcement des sanctions attachées à sa violation. A coté de la mise en cause de la responsabilité contractuelle du distributeur, et de celle, délictuelle, du revendeur hors réseau envers le promoteur du réseau, Mme Lebreton propose d'instaurer une sanction pour l'atteinte à l'organisation contractuelle au bénéfice des autres membres du réseau. L'autre moyen qui permettrait d'améliorer la protection de l'étanchéité du réseau est relatif à la mise en œuvre de la garantie contractuelle offerte par le constructeur pour tout produit acheté dans le réseau, il devrait pouvoir être en mesure de refuser l'exécution d'une telle obligation lorsque le consommateur s'est approvisionné de manière illicite (1434).En tout état de cause, si les distributeurs ne voient pas se développer des solutions de protection ils ne verront que peu d'intérêt à se porter candidat à la distribution en réseau.

1434 Cf. cette étude, C....

CONCLUSION

866. — Six ans après l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 se pose désormais la question de la reconduction d'une règlementation sectorielle spécifique en matière de distribution automobile ou de son incorporation au sein du droit commun des restrictions verticales. Conformément aux dispositions de l'article 11, Paragraphe 2, du règlement, la Commission était tenue d'établir un rapport d'évaluation du REC sur les pratiques du secteur, d'en apprécier les effets sur la concurrence dans le domaine de la distribution automobile et des services après vente. En préalable, la Direction Générale « Concurrence » de la Commission avait lancé une enquête en 2007 adressée à divers acteurs du secteur.

867. — Ce rapport a été publié par les soins de la Commission et a pu être critiqué ou amendé par les tiers (1435). Il faisait suite à diverses

1435 Disponible sur le site : http://europa.eu.

études menées par des cabinets d'audit spécialisés (1436). Si, au préalable, la Commission note un accroissement de la concurrence inter marque sur le marché de la vente de véhicules neufs, elle estime que la cause n'est pas à rechercher dans les effets du règlement lui-même, mais plutôt dans des facteurs extérieurs tels que « *la surcapacité de production, l'innovation technologique et une intégration plus étroite des marchés* » (1437). Le constat est moins tranché en ce qui concerne les services après-vente ; les réparateurs indépendants peinent à devenir des acteurs à part entière du secteur en raison de faibles moyens financiers (1438), alors que dans le même temps, les réparateurs agréés ont vu leur nombre augmenté. Pour ces derniers, le choix de la distribution qualitative opéré par les constructeurs a facilité un tel développement, outre le fait que les distributeurs de véhicules évincés du réseau se sont vus quasiment systématiquement proposer un contrat de réparateur agréé. Enfin, les fournisseurs de pièces de rechange ont conservé et augmenté leurs parts de marché par rapport aux circuits de distribution de pièces de rechange dites d'origine mis en place par les constructeurs.

868. — Il s'agit alors pour le juriste ou patricien d'examiner précisément l'impact du règlement 1400/2002 sur les structures du marché de la distribution automobile et des services après-vente (I) et d'apprécier ensuite l'opportunité d'une règlementation spécifique (II). Il semble qu'au final, la Commission s'oriente vers une position de compromis (III).

I. L'impact pratique du règlement n°1400/2002 sur les structures de distribution des véhicules neufs et des services après-vente.

869. — Afin de mesurer précisément l'influence du règlement, la Commission a procédé à une analyse éminemment pédagogique à partir des objectifs ayant gouverné l'élaboration du texte initial. Certains objectifs, tels que le développement des échanges transfrontaliers et des activités de services après-vente, ont été largement favorisés par le règlement (A), alors qu'à l'inverse, certaines dispositions se sont révélées contre productives, il

1436 Ces quatre « documents de travail » sont publiés, de la même façon, sur le site http://europa.eu: « Main elements and objectives » (ce document n° 1 fournit une vue d'ensemble des objectifs poursuivis par le règlement n°1400/2002), « Evolution of the motor vehicle markets » (ce document propose de retracer l'évolution globale des marchés de la distribution automobile et des services après-vente) « Public and private enforcement » (cette annexe retrace l'expérience législative et juridictionnelle de la Commission dans l'application du règlement), « The Impact of Regulation 1400/2002 » (il s'agit du prélude de l'analyse retenue par la Commission dans son rapport d'évaluation).

1437 Propos contenus dans le communiqué de presse de la Commission (IP/08/810) en date du 28 mai 2008 disponible sur le site : http://europa.eu.

1438 Un tel constat souffre une exception : les réparateurs indépendants organisés en chaîne d'ateliers ont pu conquérir de nouvelles parts de marché.

s'agit notamment des mesures affectant la distribution de véhicules neufs (B).

A. LES EFFETS POSITIFS DU REGLEMENT

870. — Il s'agit de différencier ces effets selon qu'ils concernent le secteur de la distribution de véhicules neufs (1) ou celui du service après-vente (2).

1°) Sur le marché de la distribution de véhicules neufs

871. — L'un des fers de lance de la Commission lors de l'élaboration du règlement n°1400/2002 était la promotion des échanges transfrontaliers afin d'encourager la concurrence intra marque. Elle estimait alors que les différences de prix et les obstacles au développement du commerce parallèle mis en place par les constructeurs devaient être régulés. Sur ce point précis, son action était légitimée par le combat qu'elle menait parallèlement devant la CJCE suite aux plaintes de consommateurs empêchés de faire jouer la concurrence entre les distributeurs installés dans différents Etats membres.

872. — La Commission n'a eu de cesse de combattre ce phénomène d'écart de prix entre les Etats membres, afin de permettre au consommateur d'acheter son véhicule là où il est le moins cher. Or, il semble que cet argument relatif aux écarts de prix doit être relativisé dans la mesure où ces écarts constatent les différences entre le prix hors taxe catalogue le plus faible et celui le plus élevé pour un même véhicule au sein de l'Union européenne. Il est alors impératif d'intégrer à l'évaluation le fait que le prix catalogue hors taxe n'est pas celui réellement payé par le consommateur puisque la négociation du prix est systématique dans de telles transactions mobilières (1439).

873. — La question particulière des écarts de prix des véhicules a suscité en droit interne un contentieux spécifique illustré par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 26 janvier 2005 (1440) relatif à la mise en cause de la responsabilité du constructeur du fait de ces différences de prix entre les différents pays de l'Union. Le concessionnaire estimait que le concédant ne l'avait pas mis en mesure de faire face à la concurrence

1439 Un auteur remarque pertinemment que d'autres produits sont révélateurs d'écarts de prix beaucoup plus importants, par exemple l'étude de la banque d'affaires Lehman Brothers fait état des écarts de prix de 60% des primes d'assurances et de 40% pour des produits comme le vin ou les titres de transports. Cette étude ne constate un écart de prix en matière automobile s'élevant à seulement 8% (La distribution automobile et la politique européenne de concurrence, Ch. Dubois, 2003, éd. L'Harmattan., p.90 et s.).

1440 CA Paris, 26 janvier 2005, Ch. 5, sect. A, SA Bellevue auto c/ société Groupe Volkswagen France, n° JurisData : 2005-274620.

frontalière des distributeurs belges, et qu'il devait à ce titre réparation sur le fondement délictuel et contractuel, il arguait au surplus que la résiliation dont il était victime était abusive, sa demande fut refusée en première instance, et la Cour d'appel confirma en partie le jugement. Plus précisément, la Cour décida que « *le concédant n'est pas tenu de compenser les écarts pouvant apparaître entre les prix pratiqués par son propre réseau et ceux des distributeurs implantés dans d'autres Etats membres [...], une telle obligation étant étrangère aux clauses convenues entre les parties comme à l'obligation générale d'exécution de bonne foi des conventions inscrite à l'article 1134 du Code civil* ». Au regard du fondement délictuel invoqué par le concessionnaire, la Cour estima que les écarts de prix étaient la résultante de nombreux facteurs, notamment techniques, sociaux, fiscaux ou commerciaux dont le concédant n'avait pas la totale maîtrise, la Cour de cassation confirma cette analyse le 20 février 2007 (1441).

874. — Plusieurs mesures du règlement avaient pour objectif direct l'accroissement des échanges transfrontaliers, et notamment celles liées à l'activité de mandataire/intermédiaire (1442).

875. — L'illustration jurisprudentielle de la résistance des constructeurs automobiles à l'émergence de cette catégorie de revendeurs réside l'affaire « *Eco-System* » opposant le constructeur *Peugeot* à l'un de ces mandataires, la société « *Eco-System* », la plainte de cette société faisait suite à une circulaire que Peugeot avait envoyée à ses distributeurs par laquelle elle leur imposait de ne pas satisfaire aux commandes émanant d'« *Eco-System* ». La Cour de justice des Communautés européennes (1443) précisa tout d'abord quelle était l'étendue de la notion d'intermédiaire au

1441 Com. 20 février 2007.

1442 Il s'agit de l'essor phénomène qui a inquiété les constructeurs, et notamment par son caractère opaque et incontrôlable : « « On a assisté au développement d'une activité de rachat et de revente sans mandat pratiquée par des mandataires, agissant tantôt avec mandat et tantôt sans mandat, et à des achats et reventes opérés indépendamment de tout mandat par des revendeurs professionnels hors réseau » L. et J. Vogel, « La distribution automobile à l'épreuve de la revente hors réseau – Bilan de la jurisprudence récente » ; Rev. Lamy dr. Aff. 1998, nº 8, nº 474. Cette catégorie a suscité de nombreuses réactions de la part des constructeurs, du fait notamment de l'accroissement des ventes hors réseau que ces mandataires ont entraînées (Cf.D. Ferrier , « La concession automobile face aux revendeurs hors réseaux » ; JCP éd. E 1996, Cah. dr. entr., nº 3, p.13 – P.Durand, « Réflexions sur les mandataires automobiles face aux revendeurs hors réseau » ; D. Aff. 1997, p.1341 – R. Goyer, « Distribution sélective : étanchéité des réseaux et preuve de la concurrence déloyale », JCP éd. E 1997, Cah. dr. entr., nº 1, p.1 – J.-G. Huglo, « Importations parallèles et étanchéité des réseaux de distribution sélective », Gaz. Pal. 1996, 2, Doctobre, p.1192 - L. et J. Vogel, « La distribution automobile à l'épreuve de la revente hors réseau – Bilan de la jurisprudence récente » ; Rev. Lamy dr. Aff. 1998, nº 8.

1443 CJCE 16 juin 1994, Aff. C-322/93, *Peugeot SA* ; Rec. CJCE I, p.2727 - JCP éd. E 1994, I, nº 415, nº 30 ; REDC 1992, p.179 et s., note S. Petropoulos. Suite à ce contentieux, la Commission la Commission a publié une communication le 18 décembre 1991 (Comm. 18 décembre 1991, JOCE 18 décembre 1991, nº C 329, p.20 - Contrats, conc., consom. 1992, nº 12, p.11, Jus Letter 1991, nº 40, p.3) afin de clarifier et définir précisément la catégorie de ces intermédiaires au sens du règlement nº 123/85/CEE de la Commission du 12 décembre 1984.

sens du règlement nº 123/85/CEE de la Commission du 12 décembre 1984 : « *un intermédiaire peut être un professionnel, la seule condition requise par le règlement étant l'existence d'un mandat écrit* », pour confirmer ensuite la décision du Tribunal de Première instance selon laquelle « *l'article 3, point 11 du règlement nº 123/85/CEE du 12 décembre 1984 ne permet pas aux membres d'un réseau de distribution automobile de refuser de vendre les véhicules de la gamme visée par l'accord ou des produits correspondants à des utilisateurs finals utilisant les services d'un intermédiaire, au motif que ce dernier exerce son activité à titre professionnel* ».

876. — Finalement, cette double activité de mandataire/intermédiaire a reçu un traitement jurisprudentiel identique par la Cour de Justice (1444) et par la Cour de cassation, elles l'ont considéré comme valable dès lors que les véhicules avaient été acquis régulièrement. Plus précisément, l'article 4, point 1, b), iii) du règlement n° 1400/2002 dispose que « *l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet:[…]*

877. — b) la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, le distributeur ou le réparateur peut vendre les biens ou les services contractuels; l'exemption est néanmoins applicable à:

878. — i) la restriction des ventes actives sur un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre distributeur ou réparateur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes par les clients du distributeur ou du réparateur;

879. — iii) la restriction des ventes, par les membres d'un système de distribution sélective, de véhicules automobiles neufs et de pièces de rechange à des distributeurs non agréés sur les marchés où la distribution sélective est pratiquée, sous réserve des dispositions du point i) ».

880. — Autrement dit, le constructeur ayant opté pour un système de distribution sélective de ses véhicules peut restreindre la capacité de revente de ses distributeurs agréés aux mandataires hors réseau, sous réserve du cas dans lequel le mandataire agit pour le compte d'un consommateur, il doit alors présenter un mandat écrit indiquant le nom et

1444 CJCE 15 février 1996, deux arrêts ; Grand garage Albigeois, C-226/94, et Nissan France SA, C-309/94, « le *règlement n° 123/85* doit être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un opérateur, qui n'est ni revendeur agréé du réseau de distribution du constructeur d'une marque automobile déterminée ni intermédiaire mandaté au sens de l'article 3, point 11, de ce règlement, se livre à une activité d'importation parallèle et de revente indépendante de véhicules neufs de cette marque. Ce règlement ne s'oppose pas davantage à ce qu'un opérateur indépendant cumule les activités d'intermédiaire mandaté et celles de revendeur non agréé de véhicules provenant d'importations parallèles » ; RJDA 5/96, n° 650 – D. 1996, IR p.94 - Contrats, conc., consom. 1996, nº 43, obs. L. Vogel.

l'adresse du consommateur (1445). Le quatorzième considérant du règlement n°1400/2002 est davantage explicite, il précise que cette possibilité ne doit en aucun cas être restreinte par le constructeur, le distributeur appartenant à un système de distribution sélective peut seulement requérir du mandataire qu'il fournisse de plus amples informations sur la qualité du destinataire « afin de se prémunir contre la revente à des revendeurs non agréés » (1446).

881. — Le développement des systèmes de distribution sélective souhaité (imposé ?) par la Commission a donc permis d'améliorer ce type de transactions entre Etats membres en permettant tant aux distributeurs sélectifs qu'aux mandataires/intermédiaires de profiter de ces nouvelles perspectives commerciales. Pour autant, la Commission précise que « l'application des principes généraux du droit de la concurrence serait manifestement suffisante pour protéger le commerce parallèle dans le contexte actuel du marché » (Page 7 du rapport d'évaluation).

882. — La possibilité de recourir à l'arbitra ge en cas de conflit a été saluée par l'ensemble des acteurs du secteur puisqu'elle permettait au final « de garantir la mise en œuvre efficiente des contrats ». Chaque partie en tire des avantages différents : les concessionnaires considèrent que la mise en place d'un tel système de règlement des litiges dissuade les fournisseurs d'abuser de sa position, et les constructeurs y voient un moyen de sanctionner plus rapidement certains comportements sans la publicité tapageuse d'un procès. La Commission fait l'amalgame entre un tel mécanisme et celui attaché au principe des codes ou chartes de bonne conduite.

2°) Sur le marché du service après-vente

883. — Dans la mesure où la réparation indépendante constitue « *la seule source de concurrence inter marque sur le marché des services après-vente* » (Page 7 du rapport), de nombreuses prérogatives novatrices ont été offertes à ces agents. La prérogative principale a été d'accorder aux réparateurs indépendants un droit d'accès aux informations techniques (Article 4, Paragraphe 2) (1447). La Commission précise sur ce point que cela a ainsi aidé le secteur indépendant « *à traverser sans encombre une période d'adaptation structurelle à l'évolution des besoins technologiques* » (Page 8 du rapport), or c'est oublier les propos moroses du Commissaire Neelie Kroes lors du Congrès du Conseil européen du Commerce et de la Réparation

1445 Brochure explicative du REC 1400/2002 p.49, point 5.2.
1446 Brochure explicative du REC 1400/2002, réponse à la question n°39, p.49.
1447 La Commission précise d'ailleurs qu'à partir du 1er septembre 2009, le règlement n° 715/2007 obligera les fournisseurs à diffuser l'ensemble de ces informations pour les nouveaux modèles.

Automobiles qui s'est déroulé le 25 septembre 2006 à Bruxelles (1448). Une étude diligentée par les services de la Commission démontrerait qu'en réalité les constructeurs ne diffuseraient qu'une partie infime de l'information nécessaire, et que son accès serait rendu encore plus difficile qu'il ne l'était.

884. — Finalement ce constat négatif a peut-être pour origine un changement de politique de concurrence intervenu au sein de la Commission, cette dernière n'étant plus celle ayant prévalu lors de l'élaboration du règlement n° 1400/2002. Les propos du Commissaire Kroes sont explicites sur ce point: « *our role here is not to preserve out-of-date business models, but rather to let the market do its work. The investment levels needed to cope with several brands of highly sophisticated vehicles may well mean that the days of the one-man repair shop on the corner are numbered. Nevertheless, who survives and who does not should be determined by market forces, and not by artificial restrictions. And let's not forget that consumers will not want to buy cars that cannot be safely and reliably repaired at competitive prices in a wide range of outlets*" (1449). Autrement dit instaurer un accès facilité à l'information technique n'est qu'un instrument de politique de concurrence artificiel dont le marché n'aurait plus besoin. En tout état de cause, l a Commission note que le refus de donner accès aux informations techniques pourrait être envisagée sur la base des articles 81 et/ou 82 du Traité.

885. — La question du droit d'accès à l'information technique a été traitée par le Conseil de la Concurrence (1450), ce dernier a enjoint à la société Citroën d'adopter un certain nombre d'engagements en application de l'article L. 464-2 du Code de commerce (1451). L'affaire a été close par une

1448
http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/527&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr.
1449
http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/527&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr.
1450 Décision n° 06-D-27 du 20 septembre 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentés par les sociétés Autodistribution et AD Net à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Automobile Citroën ; disponible sur le site institutionnel du Conseil de la concurrence : http://www.conseil-concurrence.fr; Europe 2006, Comm. n° 331, obs. L. Idot. – Contrats, conc. consom. 2007, Comm. n°10.
1451 En application de cet article, le Conseil « peut [...] accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles ». Avant d'accepter ces engagements, le Conseil souhaite un débat contradictoire avec les parties saisissantes auxquelles il communique le contenu des engagements, ainsi qu'au Commissaire du gouvernement. Un résumé de l'affaire et le contenu des engagements proposés sont alors mis en ligne sur le site Internet du Conseil et les éventuelles observations versées au dossier. Dans l'hypothèse où la société mise en cause s'engage à mettre fin aux pratiques, objet de la saisine, la procédure n'est pas pour autant close. En effet, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt en date du 16 octobre 2007(n° RG 2006/17900), accepte que la partie qui avait saisi le Conseil de la concurrence dans un

décision du 09 octobre 2007 (1452), décision par laquelle le Conseil a jugé que le délai de communication des informations était suffisant et que l'exigence de formation continue souhaitée par la société Citroën n'était pas une obligation déraisonnable, et qu'enfin les conditions financières proposées par cette dernière n'étaient pas de nature à restreindre l'accès au droit à l'information technique. En revanche, le Conseil n'accepte pas les restrictions mises en place au titre de la protection contre le détournement des dispositifs antivol, le recalibrage et d'autres manipulations dangereuses (1453).

886. — Plusieurs dispositions du règlement n°1400/2002 avaient pour objet de libéraliser le marché de la pièce de rechange et de limiter la puissance des constructeurs automobiles sur ce secteur. Il s'agissait ainsi d'empêcher le constructeur ayant opté pour un système de distribution sélective de ces pièces de rechange d'interdire à ses distributeurs la revente à des réparateurs indépendants (Article 4, Paragraphe 1, point i)), précision faite qu'une telle restriction était susceptible de faire perdre le bénéfice de l'exemption. La Commission constate cependant que certaines pièces restent « c*aptives, c'est-à-dire qu'elles ne sont disponibles qu'auprès des constructeurs automobiles* » (1454). D'autre part, les réparateurs agréés restent attachés à un principe de fourniture des pièces de rechange auprès des constructeurs. Un tel comportement commercial s'explique par la facilité que représente la fourniture auprès d'une seule source et l'obligation résiduelle d'utiliser les pièces fournies par le constructeur pour les réparations effectuées sous garantie. La dernière raison expliquant un tel état de fait est à rechercher dans l'existence de DPI détenus par les constructeurs sur de nombreuses pièces et dans les primes offertes aux réparateurs agréés en échange de telles commandes. En l'absence de dispositions spécifiques contenues dans le règlement sectorielle, ces cloisonnements peuvent être traités au regard de l'article 82 du Traité.

---

premier temps, puisse exercer un recours contre la décision qui a avalisé les engagements pris par la société requise.
Dans l'hypothèse où le Conseil considère que les engagements proposés sont de nature à mettre un terme aux effets anticoncurrentiels des pratiques qui ont fait l'objet de sa saisine, il peut procéder à la clôture de l'affaire en prenant acte de ces engagements, qui deviennent alors obligatoires.
Une telle innovation a nécessité quelques précisions de la part du Conseil de la concurrence réunies au sein d'un communiqué de procédure publié le 03 avril 2008 (disponible sur le site du Conseil à l'adresse suivante : http://www.conseil-concurrence.fr).

1452 Décision n° 07-D- 31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën, disponible sur le site institutionnel du Conseil de la concurrence : http://www.conseil-concurrence.fr.

1453 En l'espèce, la société Citroën refusait tout accès au calculateur « BSI » qui contrôle l'essentiel des fonctions électroniques du véhicule.

1454 Ce sont les pièces de rechange visibles couvertes par la protection des dessins et modèles dans plusieurs États membres et celles produites dans le cadre de divers contrats de sous-traitance.

887. — Le règlement avait facilité l'accès au marché aux producteurs de pièces de rechange (fournisseurs d'équipements d'origine et producteurs de pièces de qualité équivalentes) en leur permettant de vendre directement sur le marché de l'après-vente. Une telle libéralisation a été rendue possible par la non exemption des accords empêchant les réparateurs indépendants ou agréés d'obtenir des pièces de rechange de qualité équivalente ou des pièces de rechange d'origine. Les fournisseurs d'équipements d'origine ont pu en outre bénéficier d'un avantage supplémentaire par le droit d'apposer leur logo sur les pièces et composant qu'ils fabriquent et par la nouvelle définition de la notion de pièce de rechange d'origine (1455). Il est cependant difficile d'évaluer l'impact des dispositions contenues dans le règlement n°1400/2002 sur ce point réel dans la mesure où, parallèlement, la directive 2007/46 est venue préciser le terme de « pièce de rechange » (1456). Si la notion de pièces de rechange de qualité équivalente n'a pas été explicitée clairement, la Commission prend le soin de préciser, au sein de son rapport, que l'éventuelle obligation imposée par un constructeur à ses réparateurs agréés visant à interdire à ces derniers l'usage de telles pièces serait « en tout état de cause assimilé à une obligation directe de non-concurrence non couverte par le REC au-delà du seuil de 30 % en terme de parts de marché » (Page 11 du Rapport). Il est utile de rappeler que le règlement n°2790/1999 envisage et sanctionne de la même façon de telles pratiques.

888. — Enfin, la Commission constate une croissance du nombre de réparateurs agréés liée à la mise en place d'un système de distribution sélective qualitative pour ce secteur. Le service proposé reste d'excellente qualité en raison d'exigences sévères posées par les constructeurs, et cela a suscité un effort accru des réparateurs indépendants afin de maintenir leur position concurrentielle. La disparition du lien vente/service après vente est à l'origine d'une telle performance du secteur et a permis à de nombreux agents d'intégrer tant le réseau de vente de véhicules neufs que celui de la réparation agréée sans consentir à de très lourds investissements. Pour autant, la Commission remarque justement qu'un tel résultat aurait pu être obtenu par la seule application de l'article 81, Paragraphe 1 du Traité dans la mesure où une telle restriction liée à l'exercice des deux activités vente/service après-vente ne peut être considérée comme relevant de critères purement qualitatifs.

1455 Il s'agit des pièces de rechange de même qualité que celles produites par les constructeurs et selon leurs spécifications.

1456 Directive 2007/46/CE du Parlement Européen et du Conseil du 05 septembre 2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules ; JOCE L 263 du 19/10/07, p.1.

I. LES EFFETS NEGATIFS DU REGLEMENT

889. — A la lecture du rapport de la Commission, il s'avère que l'ensemble des effets négatifs du REC concernent le marché de la vente de véhicules neufs. Ce constat est d'autant plus étonnant que l'amélioration de la concurrence de ce secteur restait la priorité des rédacteurs du règlement, ce n'est que dans un second temps que le secteur de l'après-vente était envisagé. L'effet inverse semble donc s'être produit : les dispositions relatives au service après-vente ont amélioré la concurrence alors que celles destinées au marché des véhicules neufs se sont révélées sans effet réel sur la concurrence, voire anti-productives. Ainsi, l'objectif de la Commission d'encourager le multimarquisme n'a pas été atteint (1), il en est de même de celui destiné à protéger le concessionnaire/distributeur contre le constructeur (2). D'autre part, le choix « biaisé » proposé aux constructeurs entre un système de distribution sélective qualitative/quantitative ou exclusive a encouragé cet « effet corsé » dénoncé depuis des décennies par les acteurs du secteur (3).

1°) La promotion du multimarquisme

890. — L'article 1er, Paragraphe 1, point b) et l'article 5, Paragraphe 1, point a) du REC interdisaient aux constructeurs d'imposer aux distributeurs de ne vendre qu'une seule marque de véhicules dans les mêmes locaux. La mesure n'a pas produit les effets escomptés et les distributeurs qui ont mis en œuvre une telle possibilité commerciale sont ceux qui l'avaient déjà réalisée sous l'empire du précédent règlement. En pratique, les constructeurs ont continué à exiger des normes de sélection plus strictes empêchant dans les faits à un distributeur de saisir cette opportunité qu'est le multimarquisme. Il ne semble pas que cela soit un réel souhait des distributeurs eux-mêmes ; ces derniers préférant conforter leurs marges sur la marque qu'ils représentent et y consacrer une plus grande part de leurs investissements. Rappelons cependant que l'interdiction d'une telle restriction est contenue au sein du règlement n°2790/1999 au titre de l'interdiction des obligations directes ou indirectes de non-concurrence.

2°) Le renforcement de « *l'effet corset* »

891. — Par les règlements sectoriels de « *première génération* », la Commission a entendu imposer des contrats types en stigmatisant certaines clauses, et en assurant aux entreprises une immunité de poursuites dès lors qu'elles écartaient de leurs contrats de telles clauses. Ces règlements étaient organisés de la façon suivante : ils contenaient des

clauses noires pour lesquelles aucune exemption n'était possible, et des clauses blanches et grises qui pouvaient être exemptées sous réserve qu'elles ne portaient pas atteinte à la concurrence (1457).

892. — La Commission escomptait en terminer avec ce type d'effet pervers par l'adoption du règlement n°1400/2002 puisqu'elle ne réitérait pas en tant que tel le système précédent. Elle n'a fait que l'aggraver en tentant d'influencer les choix des constructeurs quant au type de système de distribution. En effet, la Commission avait instauré un système de seuil de parts de marché qui encourage « *fortement* » les constructeurs a opté pour une distribution sélective qualitative puisque pour ce système aucun seuil n'était prévu. La distribution sélective quantitative a reçu la faveur de la Commission dans des conditions quasiment similaires puisque ce système était ouvert aux constructeurs ne détenant pas plus de 40 % de parts de marché. A l'inverse, le constructeur qui souhaitait opter pour un système de distribution exclusive ne devait pas cumuler plus de 30 % de parts de m arché.

893. — Les rédacteurs du rapport indiquent très clairement que « ce seuil plus élevé [...de 40 % prévu pour la distribution sélective quantitative...] se révèle aberrant, étant donné que les systèmes de distribution quantitative sont généralement perçus comme restreignant plus la concurrence intra marque » (Page 5 du Rapport). A cela s'ajoute la conséquence implacable liée à la mise en place d'un réseau de distribution sélective quantitative : la réduction du nombre de distributeurs. Les avantages « classiques » liés à la distribution sélective restent cependant remarquables : baisse des ventes sur le marché parallèle et contrôle strict du réseau par le constructeur.

894. — Enfin, les autres formes de distribution novatrices permises par le REC n'ont eu que peu de succès : peu de distributeurs ont souhaité bénéficier des avantages liés à la fin de la clause de localisation ou abandonner l'activité de service après-vente.

3°) L'objectif de protection des distributeurs

895. — Les rédacteurs des différents REC concernant le secteur de la distribution automobile ont systématiquement fait de la protection des distributeurs une priorité. En pratique, le règlement n°1400/2002 accorde les protections suivantes aux distributeurs :

896. — Une durée minimale des accords

1457 Il appartenait aux entreprises d'établir dans chaque cas, qu'une telle clause respecte toutes les conditions requises pour justifier une dérogation à l'article 81, §3 du Traité CE, et notamment de démontrer que cette clause présente des avantages qui l'emportent sur les effets restrictifs qu'elle produit.

897. — Un délai de préavis minimum en ca s de résiliation ou de non renouvellement

898. — Une obligation de motivation de la décision de rupture

899. — Un libre droit de cession du contrat à un autre membre du réseau

900. — Un recours possible à l'arbitrage en cas de conflit.

901. — L'impact réel de ces dispositions semble difficile à évaluer. Il est cependant certain, qu'en ce qui concerne la durée du contrat, quasiment l'ensemble des constructeurs a proposé des contrats à durée indéterminée assortis d'un préavis de résiliation de deux ans. La Commission constate au surplus que la durée minimale de cinq ans prévue pour les contrats à durée déterminée pourrait même s'avérer contre productive en ce sens qu'elle empêcherait la pénétration dans le réseau de nouveaux distributeurs. La libre cession au sein du réseau a facilité une certaine concentration des concessionnaires dans certaines zones

II. L'opportunité d'une réglementation sectorielle.

902. — Dans le cadre de la réflexion menée par la Commission, quatre options ont été proposées :

- Soumettre le secteur de la distribution automobile au règlement général
- Renouveler le règlement actuel pour trois ans
- Introduire au sein du futur règlement général des lignes directrices spécifiques au secteur de la distribution automobile
- Maintenir un règlement spécifique en allégeant son contenu.

903. — Il s'agit au final de déterminer si le secteur de la distribution automobile doit continuer à être régulé par un règlement sectoriel spécifique (A) et quels en seraient les avantages (B).

A. LES RAISONS D'UNE INCORPORATION AU SEIN DU DROIT COMMUN DES RESTRICTIONS VERTICALES

904. — Si le REC a « facilité l'adaptation du secteur à un environnement en mutation et a stimulé, en particulier, sur le marché de l'après-vente, une réaction pro concurrentielle et dynamique » (Page13 du Rapport), il n'en est pas l'unique origine. Il s'avère au surplus que tout au long de son exposé, la Commission note que l'ensemble des effets positifs auraient pu être obtenus, dans les mêmes conditions, par l'application

d'autres dispositions du droit communautaire matériel de la concurrence. Ainsi, comme nous l'avons précédemment évoqué, la consécration du droit d'accès à l'information technique pour les réparateurs indépendants n'a pas été en pratique immédiat, la Commission ayant été dans l'obligation d'avoir recours à des mesures individuelles. De même, l'entrée en vigueur de la directive 2007/46 devrait réguler les problèmes liés à l'accès des fabricants de pièces de rechange concurrents sur le marché de l'après vente.

905. — Se pose alors la question de l'impact des mesures exclusivement contenues dans le règlement n°1400/2002. La Commission estime, pour sa part, que l'on ne peut « déceler un lien de cause à effet évident entre ces dispositions et l'amélioration des conduites de concurrence sur le marché » (Page 13 du Rapport). Bien au contraire, certaines dispositions ont diminué la concurrence et renforcé la concentration des distributeurs, un tel constat est particulièrement illustré par l'effet corset suscité par la « préférence » de la Commission pour un système de distribution sélective quantitative, par le verrouillage des réseaux lié au principe de durée minimale du contrat et par la libre cession du contrat entre membres du réseau.

906. — A u final, la Commission affirme que « les dispositions du REC qui s'écartaient des principes généraux dérivés de la jurisprudence des juridictions européennes et qui actuellement reflétées dans le règlement n°2790/1999 de la Commission, peuvent, [...] être considérées comme excessivement strictes, trop complexes et/ou superflus [...] » (Page 14 du rapport).

907. — Enfin, le lecteur notera que la révision du règlement n°2790/1999 devrait bientôt intervenir, et qu'en l'état, il serait aisé de prendre en compte les spécificités du secteur automobile afin d'en améliorer le contenu…

B. LES CONSEQUENCES D'UNE INCORPORATION DU SECTEUR DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE AU DROIT COMMUN DES RESTRICTIONS VERTICALES

908. — L'incorporation du secteur de la distribution automobile présenterait un certain nombre d'avantage, parmi lesquels :

909. — La possibilité pour la Commission de concentrer ses efforts sur les pratiques anticoncurrentielles les plus graves

910. — La simplification des règles permettraient d'éviter les divergences d'interprétations entre les tribunaux nationaux

911. — La sécurité juridique. En effet, sur ce dernier point, la Commission a été sollicitée à de nombreuses reprises et la Cour de Justice a été saisie par le biais de quatre questions préjudicielles.

912. — La réduction des coûts de mise en conformité pour les entreprises du secteur confrontée à de nouvelles exigences, plus sévères et plus nombreuses, mises en place par les constructeurs.

913. — Il s'ensuit qu'au final le principal avantage serait une simplification globale du système. Pour autant, il n'est pas certain qu'elle soit souhaitable dans la mesure où le secteur de la distribution automobile reste empreint de spécificités qu'il serait difficile d'intégrer dans un texte de portée générale. L'entrée dans un réseau de distribution automobile est fort coûteuse pour le distributeur-candidat, ces coûts ne peuvent d'ailleurs être comparés à ceux qu'il est nécessaire d'exposer pour l'entrée dans un autre secteur, tel que par exemple celui de la parfumerie. Il semble que la Commission considère d'un mauvais œil les dispositions du règlement relatives à la protection du contractant, qui sont, pour certaines, absentes du règlement n°2790/1999. L'absence d'impact direct de ces dispositions sur la concurrence serait à l'origine d'un tel constat.

914. — Or en réalité, la question parallèle qu'il conviendrait de se poser serait inverse : la concurrence sur le secteur serait-elle diminuée en l'absence de telles dispositions. Sauf à changer de paradigme, à savoir que l'objectif de concurrence ne serait qu'une fin et non pas un moyen de réaliser la pleine intégration du marché de l'Union, les dispositions protectrices des cocontractants restent justifiées.

915. — Enfin, il est indéniable que de concentrer les dispositions applicables à un secteur dans un corps de texte unique est aussi gage de simplicité. Cela ne signifie pas pour autant que le texte ne doit pas être amélioré. Cependant, si certaines dispositions ont entraîné des effets contre productifs, tel que par exemple « l'effet corset » suscité par la similitude de contrats, elles ont pour seule origine une erreur d'appréciation lors de la rédaction du règlement n°1400/2002.

916. — Il n'en demeure pas moins qu'une telle incorporation ne serait pas sans anéantir un certain de nombre de dispositions du règlement particulièrement protectrices des intérêts des distributeurs. Ainsi par exemple, l'obligation visant à favoriser le multimarquisme est marginale au sein du règlement général et peut notamment être anéantie durant les cinq premières années de l'accord de distribution. A cette restriction s'ajoute la possibilité pour le constructeur d'imposer au distribution une clause de fourniture à hauteur de 80 %. Enfin, le corpus de règles visant à encadrer le terme de la relation contractuelle contenu dans le règlement automobile risque ne pas être reconduit au sein du nouveau règlement relatif aux restrictions verticales.

III. Le compromis adopté par la Commission

917. — A la suite de sa consultation lancée en 2008, la Commission a communiqué sa position finale. Elle aurait ainsi élaboré quatre scénarios différents :

- Supprimer la spécificité du secteur en l'incorporant au règlement général
- Renouveler le règlement actuel pour trois ans
- Introduire au sein du règlement général des dispositions spécifiques au secteur automobile, vraisemblablement au moyen de lignes directrices
- Maintenir un règlement spécifique à l'automobile mais en alléger le contenu.

918. — Par un communiqué de presse en date du 22 juillet 2009, la Commission a officialité sa position (1458). Elle a indiqué que si sa préférence s'orientait vers l'option qui consiste en l'adoption de dispositions sectorielles au sein du règlement général sous la forme de lignes directrices, elle n'entendait pas pour autant écarter celle consistant à adopter des dispositions sectorielles spécifiques sous la forme d'un règlement d'exemption par catégorie mettant l'accent sur les restrictions de concurrence sur le marché de l'après-vente et complétant les dispositions du règlement général d'exemption par catégorie. Elle justifie sa position par une comparaison systématique des dispositions issues du règlement n°1400/2002 par rapport au traitement qui leur serait réservé sous l'empire du règlement général. Elle estime ainsi que tant le secteur de la vente (A) que de l'après vente (B) serait préservé.

A. LA PRESERVATION DE LA CONCURRENCE DANS LE SECTEUR DE LA VENTE DE VEHICULES NEUFS

919. — Selon l'opinion des représentants des distributeurs émise durant la phase de consultation mise en place par la Commission, l'incorporation du secteur automobile au sein du règlement général mettrait fin à toute possibilité de pratiquer le multimarquisme. En effet, le règlement général permet au fournisseur d'imposer à son distributeur l'achat de produits à hauteur de 80 % durant les cinq premières années de l'accord. Non seulement la Commission considère que ce risque aurait peu de répercussions anticoncurrentielles, mais elle ajoute que « *l'idéal de*

1458 Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final.

multimarquisme » ne serait pas forcément à privilégier. Le commentateur sera notamment étonné de lire que les ventes multimarques peuvent être sources de parasitisme et peuvent entraîner des niveaux d'investissement trop faibles et la Commission d'ajouter que le multimarquisme n'a jamais remporté de franc succès… La Commission conclut donc que « *l'application de l'exemption générale par catégorie aux obligations de monomarquisme dans le secteur automobile représente une solution équilibrée tenant compte du niveau élevé de concurrence intermarques caractérisant le marché primaire, du risque de diminution des gains d'efficience pour la distribution en raison de contraintes réglementaires qui ne seraient pas proportionnées à l'objectif de protection de la concurrence sur le marché, ainsi que des garde-fous en faveur du multimarquisme prévus par les règles générales. En outre, le mécanisme de retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie sera maintenu à titre de garde-fou supplémentaire lorsque l'existence de faisceaux d'accords parallèles contenant des obligations de monomarquisme engendre des effets d'exclusion anticoncurrentiels* » (1459). Le multimarquisme n'est donc plus une priorité concurrneitelle et ne fera l'objet que de lignes directrices spécifiques dans l'hypothèse de réels abus de lka part des constructeurs.

920. — Quant à la concurrence intramarque, c'est-à-dire entre distributeurs, elle ne serait pas diminuée selon la Commission par l'application des règles contenues dans le règlement général. Cette dernière raisonne à partir du postulat selon lequel le marché présenterait des garanties suffisantes de concurrence intramarque et autorégulerait la concurrence intramarque. Elle ajoute qu'imposer des dispositions visant à réguler cette concurrence intramarque pourrait « *imposer une charge inutile aux entreprises et de se traduire finalement par des pertes d'efficacité* » (1460). Les innovations majeures du règlement n°1400/2002 que sont l'obligation de pratiquer la distribution sélective quantitative qu'en deçà d'un seuil 40 % de parts de marché, la fin de l'obligation de proposer des services après-vente en parallèle aux services de vente et la faculté d'essaimage sont remises en cause au motif qu'elles n'auraient reçu aucun écho en pratique. La faculté d'essaimage est même considérée comme « *parasitant les investissements réalisés par d'autres et a, dans la pratique, conduit les constructeurs automobiles à prendre des mesures pour préserver l'intégrité de leurs réseaux en adaptant les normes qualitatives à cet effet, ce qui a entraîné une augmentation des coûts d'investissement et une diminution des*

1459 Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final, n°21.

1460 Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final, n°23.

marges des concessionnaires » (1461). Au final, en ce qui concerne la distribution sélective quantitative, elle sera possible en deça du seuil de part de marché général de 30 %, la clause de localisation et l'obligation d'assurer un service après vente seront exemptées jusqu'à concurrence de ce seuil réduit.

921. — La préservation du commerce parallèle est envisagfée de manière originale par la CDommission, il serait désormais question de préciser « *dans des lignes directrices sectorielles, les circonstances dans lesquelles les accords limitant la capacité des concessionnaires d'obtenir et de revendre des véhicules présentant des caractéristiques étrangères («clause de disponibilité») équivaudraient à une restriction indirecte sur les ventes actives et/ou passives et seraient de ce fait contraire à l'article 81* » (1462). Il serait donc question de définir les comportements des constructeurs qui auraient pour effet de réduire sans justification la possibilité pour les distributeurs de s'approvisionner via des réseaux parallèles, voire d'approvisionner les réseaux parallèles. Les condamnations juridictionnelles qui ont pu être rendues sur ce point seront vraisemblablement utiles dans la détermination de ces comportements anticoncurrentiels à réprimer.

922. — La question de la reconduction des règles visant à encadrer précisément les modalités de la relation contractuelle (durée des contrats, délais de préavis, motivation de résiliation de contrat et la libre cession du contrat entre membres du même réseau) n'est pas véritablement tranchée, mais une telle préservation peut apparaitre compromise dans la mesure où la Commission estime que « *protéger l'indépendance des concessionnaires à l'aide de dispositions visant à régir des clauses contractuelles particulières dans le cadre d'une exemption par catégorie n'est plus un moyen efficace ni valable d'atteindre cet objectif* » (1463). Plusieurs arguments factuels permettraient de remettre en cause l'opportunité de telles dispositions :

- Les constructeurs n'auraient pas été en mesure d'anticiper la réorganisation de leurs réseaux,
- « Les concessionnaires ne disposeraient d'aucun recours efficace si leur partenaire contractuel refusait d'établir un contrat contenant les dispositions censées les protéger. En effet, ces dispositions ne créent ni droits pour les concessionnaires ni obligations pour les constructeurs, mais

1461 Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final, n°26.
1462 Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final, n°28.
1463 Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final, n°42.

retirent simplement l'avantage de l'exemption par catégorie sans pour autant que le contrat en cause soit automatiquement contraire à l'article 81, paragraphe 1 »

- « Enfin, la Commission pourrait difficilement inclure des mesures de protection des contrats dans un cadre réglementaire futur concernant la concurrence, maintenant que la frontière entre les droits commerciaux nationaux et les droits nationaux des contrats, d'une part, et le droit européen de la concurrence, d'autre part, a été précisée par le règlement (CE) n° 1/2003. La preservation de la concurrence dans le secteur de la distribution des services de réparation ».

B. LA PRESERVATION DE LA CONCURRENCE DANS LE SECTEUR DE LA DISTRIBUTION DE SERVICES DE REPARATION

923. — Afin de préserver l'activité de la réparation indépendante, la Commission se devait de protéger leur droit d'accès aux informations technique et de limiter l'obligation d'exécuter les travaux sous garantie par l'intermédiaire d'un membre du réseau. Elle estime que d'autres dispositions règlementaires d'origine communautaire ont pour objet de préserver ce droit d'accès aux informations techniques nécessaires aux réparations (1464) et qu'il s'agirait simplement de prévoir dans « *de futures dispositions sectorielles, les circonstances dans lesquelles le fait de refuser à des opérateurs indépendants un accès complet et non discriminatoire aux informations techniques ou d'utiliser abusivement des garanties pourrait avoir pour conséquence de faire entrer des accords de distribution sélective qualitative dans le champ d'application de l'article 81 et conduire à l'adoption de mesures assurant le respect de la réglementation* » (1465).

924. — En ce qui concerne les acteurs de la réparation agréée, la Commission semble vouloir reconduire la règle selon laquelle dès lors que la part de marché d'une marque donnée dépasse le seuil de 30 %, seule la sélection qualitative des répa rateurs agréés peut être pratiquée.

925. — Le secteur de la distribution de pièces de rechange n'échappe pas à la volonté réformatrice de la Commission. En effet, les restrictions qui permettaient aux constructeurs de contrôler un tel marché

1464 Règlement (CE) n° 715/2007 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers (Euro 5 et Euro 6) et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules ; JOUE L 171 du 29.6.2007, p.1.

1465 Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final, n°33.

(limitation de revente de pièces par les équipementiers aux réparateurs agréés et indépendants, limitation de l'approvisionnement des réparateurs agréés en pièces concurrentes auprès d'autres fournisseurs, etc....) ne seront plus considérées comme des restrictions caractérisées, mais devront faire l'objet d'un examen *in concreto*.

926. — Les accords de vente de véhicules neufs seront donc soumis au règlement général concernant les restrictions verticales. Le nouveeau règlkement général sera complété par des lignes directrices sectorielles à partir du 31 mai 2013. Les accords portant sur les services de réparation et d'entretien et/ou la distribution de pièces de rechange seront dans les mêmes conditions soumis au règlement général complété par des lignes directrices sectorielles, ou « *à un règlement d'exemption par catégorie ciblé ou une combinaison de ces deux instruments* » (1466). Ces nouvelles dispositions seront en revanche applicables dès le 31 mai 2010.

1466 Communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile du 22 juillet 2009 ; JOUE COM(2009) 388 final, n°48

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES & MANUELS

- **L. AYNES**, *La cession de contrat*, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984
- **J. CALAIS- AULOY ET F. STEINMETZ,** *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 5ème éd.
- **B. FAGES**, *Lamy droit du contrat*, collection Lamy Droit civil, sept. 2003.
- **D. FERRIER ,** *Droit de la distribution,* 3ème éd., Litec 2002
- **R. GUILLIEN ET J. VINCENT**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12ème édition.
- **PH. LE TOURNEAU ET L. CADIET**, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action 2000-2001.
- **J. MESTRE ET M.- E PANCRAZI** , *Droit commercial*, LGDJ, 25ème éd.
- **M. MALAURIE- VIGNAL**, *Droit de la concurrence*, Armand Colin 2003 2ème éd.

- J.- M. Mousseron et M.- L Izorche, P. Mousseron, J. Raynard , *Technique contractuelle*, Lefebvre 2ème éd. 1999.
- **J. RAYNARD, R. FABRE ET J. L PIERRE**, *Droit du commerce international*, éd. Jurisclasseur manuels, 2003.
- **J. VINCENT ET S. GUINCHARD**, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27ème éd.
- **L. ET J. VOGEL**, Droit de la distribution automobile, Dalloz 1996.

II- OUVRAGES SPECIAUX, THESES

- **L. AMIEL-COSME**, .*Les réseaux de distribution*, préface Y. Guyon, LGDJ 1995.
- **P. ANCEL**, Jurisclasseur *Contrats- Distribution,* services après-vente, fasc. n°340.
- **Y. AUGUET**, Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle, préface Y. Serra, LGDJ 2000.
- **BIAN**, *Barriers to new competition*, Harvard University press.
- **L. BIDAUD**, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence, Litec 2001.
- **CEPANI**, *L'arbitrage et le droit européen*, *in* actes du colloque international de CEPANI du 25 avril 1997, éd. Bruylant Bruxelles, 1997, p.53.
- **M. CONTAMINE-RAYNAUD**, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris II, 1974.
- **A. DARODES DE TAILLY**, *Eléments d'analyse économique pour le droit du marché,* Documents Centre de droit du marché et de la consommation , Montpellier I, Thème n°1 : bases de l'analyse économique.
- **CH. DUBOIS** , La distribution automobile et la politique européenne de concurrence, éd. L'Harmattan. 2003.
- **D. FASQUELLE**, Droit américain et droit communautaire des ententes, étude de la règle de raison, Th. Paris II, 1993.
- **C. HENDERYCKSEN**, *La règle de raison et les contrats,* Th. Montpellier, 1998.
- **J. HUET**, *Contrats spéciaux*, LGDJ 1996.
- **CH. JARRONSON ET L. IDOT**, V° « A*rbitrage* » in encyclopédie Dalloz
- **D. KRAJESKI**, L'intuitus personae dans les contrats, La Mouette 2001.
- **S. LEBRETON**, L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution, Litec 2000.

- **PH. LE TOURNEAU**, *Contrat « intuitu personae »,* J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°34 - *Les contrats de concession*, avec la participation de **M. ZOÏA**, éd. Litec, collection Affaires finances, 2003
- **J.- L. RESPAUD**, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, Thèse Montpellier 2000.
- **S. STIJNS**, La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre, in Les remèdes à l'inexécution des contrats, Etudes de droit comparé, Bruyant/ LGDJ.
- **C. ET Y. TINARD**, *La grande distribution française : bouc émissaire ou prédateur ?,* avec la collaboration de JC. Serna, Litec, 2003.
- **F. VERBOVEN**, *Quantitative study to define the relevant marcket in the passenger car sector*; http://europa.eu.int/comm/competition/car-sector/distribution/eval_reg-1475_95/studies/study01.pdf.
- **J. –P. VIENNOIS,** La distribution sélective, contribution à l'étude du droit de la concurrence, Litec 1999.
- **M. ZOÏA**, *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, sous la direction de S. Poillot-Peruzzetto, thèse Toulouse, 1999.

III- ARTICLES, CHRONIQUES & RAPPORTS

- **M.-E. ANDRE**, *L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels*, Mélanges M. Cabrillac, Litec-Dalloz 1999, p. 23 et s.
- **P. ARHEL**, *104 questions/ réponses sur le nouveau règlement automobile (la brochure explicative*); Les Petites affiches, 27 novembre 2002, n°237, p. 7 et s. - *Le nouveau règlement automobile est arrivé* ; Contrats, conc. consom octobre 2002, Chron., n°18, p. 4.
- **C. ARONICA ET C. BOURRE**, Le point de vue des équipementiers, in « Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie », JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.12 et s.
- **CH. ATIAS**, *Le contentieux de la franchise* ; Ann Loyers 1994, p. 933.
- **L. AYNES**, *La motivation*, Rev. Contrats, 2004, n°2.
- **T. BENTEYN ET P. CARLI**, *Variations linguistiques sur un règlement communautaire ;* JCP 2003, éd. E ; n°28-29, p. 1182.

- **R. BERTIN**, Analyse des conditions de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE n°1400/2002 du 31 juillet 2002 ; D. 2003, Chron. p 1150 et s.
- **CH. BOURGEON**, Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie », Point de vue des concessionnaires ; Cahiers de droit de l'entreprise 2002, n°5, p. 8 et s - Le règlement (CE) n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ?; Gaz. Pal. du 02 au 04 mars 2003, p. 31 et s.
- **B. BRUN ET A. TOULEMONT- DAKOURE** , *Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence*; Contrats Conc. Consom. Novembre 2003, Chron. n°11.
- **N. CASTAGNON**, Internet et réseaux de distribution : lequel des deux contractants doit solliciter l'autorisation de l'autre pour créer un site Internet ? in Contrats, Conc. Consom, octobre 2003, Chron. n°10, p. 12 et s.
- **C. CHAMPALAUNE**, La réforme de l'exemption des « accords automobiles » au regard du droit des contrats; JCP éd. E 2003, CDE n°5, p.5.
- **J.-M COUMES,** *Le nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur de la distribution automobile ;* Revue du marché commun et de l'Union européenne, n°400, juillet - août 1996, p.493 et s.
- **G. DECOCQ**, *Commerce électronique, concurrence et distribution ; questions d'actualité*; Communication, Commerce électronique octobre 2003, Chron. n°24, p. 14 et s.
- **M.-L DE CONTES**, Le règlement européen 1475/1995 relatif à la distribution automobile : quelles incidences sur la rédaction des contrats de concession ?; D. Aff. 1995, n°2, p. 35.
- **PH. DELEBECQUE, L. AYNES ET P. STOFFEL-MUNCK** , *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?;* Droit et patrimoine, mai 2004, n°126, dossier p. 55 et s.
- **D. FERRE,** La réforme de l exemption des « accords automobiles au regard de la propriété intellectuelle ; Cahiers de droit de l'entreprise n°5, JCP éd. E, 27 novembre 2003, p.23 et s.
- **D. FERRIER**, *La considération juridique du réseau* ; Mélanges Christian Mouly, Litec 1998, p. 105 et s.
- **J.-C. FOURGOUX ET C. VILMART**, L'arbitrage et le règlement amiable des différents dans le règlement d'exemption CE 1400/2002 relatif aux accords verticaux

concernant l'industrie automobile ; Gaz. Pal numéro du 28 et 29 mai 2003, p. 40 et s.

- **J. GAUTHIER,** Distribution automobile : le nouveau règlement (CE) 1475/1995 ; observations des constructeurs ; JCP éd. E 1996, I, n°1.
- **N. GIROUDET-DEMAY**, Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque; Les petites affiches, 29 novembre 2002, n°239, p. 13.
- **J. HUET**, *Les sources communautaires du droit des contrats*, *in* le renouvellement des sources du droit des contrats, Association Henri Capitant, LGDJ 1997, p. 11 et s.
- **L. IDOT**, *La régulation communautaire des réseaux de* distribution, Petites affiches, 6 mars 1996, n° spé. , p. 35 - *Arbitrage et droit communautaire*», RDAI 1996, p. 561 - *Droit communautaire et contrats*, *in* Vers une culture juridique européenne ?, LGDJ, 1998
- **J.B BLAISE**, *Règlement 1400/2002 du 31 juillet 2002*; RTD Eur. Oct.- Déc. 2003, p. 704 et s.
- **P. JOURDAIN**, Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès; D. 2003, n°1, Point de vue
- **R. KOVAR**, Le droit communautaire de la concurrence et la « règle de raison » ; RTD eur. 1987, 237 et s.
- **D. MAINGUY**, Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation; JCP éd. G 2002, I, 183 – et en association avec M. Malaurie-Vignal Lexique de droit de la distribution et de la concurrence (1ère partie : A-D),; Cahiers de droit de l'entreprise 1998, n°5, p. 10 et s - Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats ; Mélanges Cabrillac, p. 165.
- **M. MALAURIE-VIGNAL**, Droit de la concurrence et droit des contrats, D. 1995, Chron. p. 51 et s - Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution ; JCP éd. E 1998, Comm. p.260.
- **B. MATHIEU**, La rupture du contrat du distributeur dans le nouveau règlement d'exemption automobile; Les petites affiches, 27 novembre 2002, p.27.
- **D. MAZEAUD**, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage en F. Terré, Dalloz 1999, P. 603 - Plaidoyer pour un solidarisme contractuel, Mélanges Ghestin, LGDJ 2001, P. 441.

- **F. MOREAU**, Nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles; D. 2002, Chron. p 2725.
- **I. NAMIN**, *L'impact du nouveau règlement d'exemption*; La Tribune de l'assurance, n°63, décembre 2002, p. 23, 24, 25.
- **J. PASSA**, Le nouveau règlement d'exemption n°1400/2002 concernant la distribution de véhicules automobiles; Propriétés intellectuelles, janvier 2003, p. 76.
- **Y. PICOD**, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat; JCP éd. G 1988, I, 3318.
- **S. POILLOT- PERUZZETTO**, La validité des réseaux de distribution au regard du droit français et du droit communautaire, in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence, Montchrestien, 1996 - L'évolution des instruments juridiques : à propos des brochures explicatives; Contrats, conc., consom, 2002, Repères n°10.
- **J.-L. RESPAUD**, Distribution automobile : projet de règlement de la Commission des Communautés européennes concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de distribution et de services de vente et d'après-vente ; JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°3, p.33.
- **O. TOURNAFOND**, De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil; D. 2002, Chron. p. 2883 - Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des biens des consommateurs, article de foi ou réalisme législatif ; D. 2003, Point de vue, p.427
- **J.-M. THOUVENIN ET R. AUBANEL**, *Le nouveau règlement automobile ;* Revue du marché commun et de l'Union européenne, n°462, oct.- nov. 2002, p. 601 et s.
- **M. TROCHU**, Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de distribution ; D. 1995, Chron. p. 179.
- **G. VINEY**, Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?; JCP éd. G 2002, I, 158 - Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999; D. 2002, Doctrine, p3162
- **L. ET J. VOGEL**, Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution ; Contrats conc. consom. 1991, p. 1 et 2 - La dimension communautaire : vers un régime de droit commun du droit de la distribution ? , in La réglementation européenne de la distribution automobile : droit de la concurrence ou droit des contrats, Cahiers de droit

de l'entreprise, 1997, p. 35 - Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie », Point de vue des constructeurs, faux débats et vraies questions à propos du nouveau règlement sur la distribution automobile ; JCP éd. E, 2002, CDE n°5, p.15 - De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile ; Gaz. Pal. Dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p. 13 et s - Le juriste face à l'analyse économique, Revue de la concurrence et de la consommation juillet– août 2003, p.7 et s.

- **WERNHARD MÖSCHEL**, La distribution sélective d'automobiles en droit européen de la concurrence, RTD com. 1991, p.1 et s.

IV- NOTES DE JURISPRUDENCE

- Cass. Civ. 2 juillet 1860, D. 1860, 1, P. 284
- Cass. 1ère Civ, 17 mai 1954, RTD civ. 1954, p. 666, obs. J. Carbonnier.
- CJCE *LTM/MBU* 30 juin 1966, Aff. 56/65 Rec. 1966, p. 337
- CJCE Brasserie de Haecht c/ Consorts Wilkin- Janssen du 12 décembre 1967, Aff. 23/67 Rec. 526
- CJCE 12 novembre 1969, *Stauder*, Aff. 29/69, Rec. p I-419
- CJCE 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, Aff. 78/70, Recueil p.
- Cass. Com., 18 janvier 1972 ; JCP éd. G 1973, II, 17355, note J. H..
- CJCE Brasserie de Haecht c/ Consorts Wilkin- Janssen du 6 février 1973, Rec. 1973, p.
- Déc. Comm, 13 décembre 1974, BMW ; JOCE du 3 février 1975, p.1
- T. com. Paris, 4 août 1976 Les Petites affiches, 10 juin 1977.
- CJCE 14 février 1978 *United Brands,* Aff. 27/76, Rec. I, 207.
- CJCE *Metro I* du 25 octobre 1977 (Aff. 26/86, Rec. 1977, p. 1875) commentaire in Les grands arrêts du droit communautaire tome 2, p. 280 et s.
- Cass. Com. 17 mai 1982 ; Bull. civ. IV, n°182.
- CJCE du 25 octobre 1983 AEG / Commission, Rec. P. 3151
- CJCE 25 Oktober 1983, aff. 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft
- Déc. Comm., CE, 18 avril 1984, IBM ; JOCE n° L 118, 4 mai 1984
- CA Paris, 4 juillet 1985 ; Juris Data n°1985-024058.

- Déc. Comm. CE, 10 juillet 1985, Grundig ; JOCE n° L 233, 30 août 1985.
- CJCE du 17 septembre 1985 *Ford c/ Commission des communautés européennes*, Aff. 25/84 et 26/84, Rec. CJCE p. 2725.
- CJCE *Pronuptia* 28 janvier 1986, Rec. 1986, p.353, commentaire in Les grands arrêts du droit communautaire, tome 2, p. 285.
- CJCE 22 octobre 1986 Métro II c/ Commission ; Rec. p. 3021.
- CJCE 18 décembre 1986, Aff. 10/86, Vag France c/ Etablissements Magne , Rec. 1986, 4071 ; JCP 1987, I, 821, obs. P. Durand.
- CA Versailles, 18 février 1987 ; D. 1987, inf. rap. P 80.
- CJCE 5 octobre 1988, *Volvo c/ Veng*, Aff. 238/87, Rec. 6211.

- Cass. Com 13 décembre 1988 ; D. 1989 Somm. P. 269, obs. Y. Serra
- Cass. Com 10 janvier 1989 ; D. 1989, Jur. p. 357, obs. Ph. Malaurie
- CA Paris, B, 23 mars 1989, Euro garage c/ Renault ; RTD civ. 1989, p. 537, obs. J. Mestre
- CA Paris 16 février 1989, Almira ; Rev. Arb. 1989, p.711, obs. L. Idot.
- Cass., com. 9 mai 1990 ; D. 1990, Jur., p. 509, obs. P. Jourdain
- CJCE 28 février 1991, *Delimitis*, Aff.-234/88, Rec. 935. voir les obs. de L. Vogel ; Contrats conc. consom. 1991, n°143.
- Com. 27 octobre 1992, Azzaro, D. 1992, 507, note A. Bénabant.
- Cass. Com. 3 novembre 1992, Bull. civ. IV, n°338, JCP, éd. E, 1993, II, 22164, note G. Virassamy, RTD civ. 1993, obs. J. Mestre
- CA Paris, 15 décembre 1992, JCP éd. G 1994, II, n°22205, note Ch. Jamin.
- Com. 23 février 1993, Chanel ; D. 1994, Jur. p. 318, obs. E. Fort- Cardon
- Cass. Com, 5 octobre 1993 ; JCP éd. G 1994, II, 22224, note C. Jamin – 5 avril 1994, Sté VAG France c/ Ets Gauthier ; Contrats, conc. consom. 1994, Comm. n°159
- Cass. Com. 5 avril 1994, Sté VAG France c/ Ets Gauthier ; Contrats, conc. consom. 1994, Comm. n°159
- Cons. Const. 3 août 1994 ; JCP 1995, II, 22404, obs. Broussole ; D. 1995, Somm. 351, obs. Gaïa ; RTD civ. 1996, 151, obs. J. Mestre

- Cass. Com., 25 mars 1991, Sté Panel France c/ Sté Performax Sytems International ; contrats, conc. , consom. 1991, n°162, note Leveneur.
- Cons., conc., déc. n°95-D-39, 30 mai 1995 ; D. 1996, Somm. P. 179, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac
- Cass. Com 30 janvier 1996, Fleurs Eclairs c/ Office néerlandais des produits laitiers ; D. 1997, Jur. P. 232 note d'Y Serra.
- CJCE 15 février 1996, Aff. C-309-94, Nissan France c/ Garages Sport Autos et autres
- Com. 9 avril 1996, Sté Angdis c/ Dior ; D. Aff. 1996, p. 681.
- TPI 12 décembre 1996, Aff. T- 19/92, Yves Saint Laurent et Aff. 88/92, Givenchy ; Contrats, conc. , consom. 1997, n°1, p. 13, obs. L. Vogel
- Cass. 3ème civ., 30 avril 1997, n°95-17. 598 ; JCP éd. G 1997,II, n°22963, obs. B. Thullier; D. 1997, Jur., p. 475, obs. D. Mazeaud
- Cass. 1ère civ., 27 mai 1997, ULC ; RJDA 1997, n°1163.
- CJCE 11 novembre 1997, Ballantines Rec. 1997, p. I-6227 ; « Automobiles et secteurs voisins : les prérogatives du titulaire de la marque face au marché gris, aux opérateurs en ligne, et aux grandes surfaces » ; R. et J. Goyer Cahiers de droit de l'entreprise n°2, JCP éd. E 2001.
- Cass. com. 13 janvier 1998, L'océane automobile ; RJDA 1998, n°661
- Cass. Com., 20 janvier 1998, SCAO c/ Citroën ; JCP éd. E 1999, n°7, p. 323, note Chazal
- Cass. Com 10 février 1998, Girvy c/ Sodirac ; JCP éd. E , p. 1044, obs. J.C Fourgoux
- Com 7 avril 1998 ; Bull. civ. IV, n°126 ; RTD civ. 1999, 79, obs. J. Mestre.
- CJCE 30 avril 1998, Contrats, conc. consom, 1998, n°92, obs. L. Vogel
- Cons. Const. 10 juin 1998 ; RTD civ. 1999, 78, obs. J. Mestre ; JCP 1998, I, 179, n°14, obs. Mathieu et Verpeaux.
- Cass. Com. 27 octobre 1998, sté Fiat Auto France c/ Lize ès. Qualité ; RJDA 12/98, n°1352.
- Cass. Com. 24 novembre 1998, Bull. civ. IV, n°277, Defrenois, art. 36953, P. 371, obs. D. Mazeaud, Contrats, conc. consom ; 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal, RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. Mestre, JCP 1999, I, 143, obs. Ch. Jamin.
- CA Paris 26 mars 1999, Petites affiches n°49 du 9 mars 2000, p.13. .

- CJCE 1er juin 1999, Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV, Aff. C-126-97
- CA Versailles, 2 décembre 1999, Pierre Fabre dermo-cosmétique ; JCP éd. G 2000, II, 10282, note M. Vivant.
- TPI 6 juillet 2000, Volkswagen AG c/ Commission des Communautés européennes, Aff. T-62/98 ; Contrats, Concurrence, Consommation, décembre 2000, p. 15, 16, 17, note S. Poillot-Peruzzetto
- Cass. com. 17 octobre 2000, n°97-15,089, Lamyline.
- TPI 26 octobre 2000, Aff. T-41/96, Bayer AG c/Commission, Rec. CJCE II, p. 3383
- CJCE 7 décembre 2000, Aff. C-214/99, *Neste Markkinointi oy* ; Contrats, conc. consom. 2001, comm. n° 46, obs. S. Poillot- Peruzzetto ; Europe 2001, comm. n°65, obs. L. Idot

- CA Douai, 2ème ch. 1er févier 2001 ; D. 2001, Comm. p. 3178, obs. C. Prieto, contrats, conc. consom 2001, n°62, obs. S. Poillot- Peruzzetto
- CA Lyon, 3ème ch., 17 mai 2001 ; JCP éd. E 2002, Chron. 640, obs. D. Mainguy.
- Décision de la Commission du 29 juin 2001 (affaire COMP/F-2/36.693 – Volkswagen) JOCE du 2 octobre 2001, n° L 262/15 ; *Sévère condamnation d'une pratique de prix imposés : la deuxième affaire Volkswagen*, P. Arhel, Les petites affiches, 1er août 2001, n°152, p.5 ; Contrats, conc. consom. 2002, Comm. n°10, note S. Poillot-Peruzzetto.
- Cass. Com, 3 juillet 2001, Magneti Marelli ; JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise, n°3, p.33, obs. D. Mainguy.
- CJCE 5 juillet 2001, Aff. T-25/99, *Roberts c/ Commission* ; Petites affiches 24 octobre 2001, n°212, obs. P. Arhel
- Cass. Com 17 juillet 2001 ; D. 2002, Chron. p. 627, obs. H. Kenfack
- Cons. Conc., 19 juillet 2001, n°01-D-45, *Sté Casino France* ; RJDA 2002, n°103 ; Les Petites affiches, 23 novembre 2001, n°234, p. 9, obs. P. Arhel.
- TPI 18 septembre 2001, Aff. T-112/99, *Métropole télévision et a. c/ Commission* : Contrats, concurrence, consommation, 2002, Comm. n°12, obs. S. Poillot- Peruzzetto ; Europe 2001, Comm. n°327, obs. L. Idot.
- CJCE 19 février 2002, C – 309/99, *Wouters* ; Contrats, concurrence, consommation, 2002, Comm. n°64, obs. S. Poillot- Peruzzetto, et L. Idot, Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu ; Europe 2002, Chron. n°6.

- Cass. Com, 6 mai 2002, JCP éd E 2002, *Cahiers de droit de l'entreprise* n°5, p. 19 et S. obs. J.L Respaud ; JCP éd. G 2002, II, 10146, note P. Stoffel-Munck ; Contrats conc. consom. 2002, n°134, obs. L. Leveneur.
- Cass. Com. 2 juillet 2002 ; D. 2002, p. 2262 ; D. 2003, Jur. p. 93, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2003, II, 10023, obs. D. Mainguy ; JCP éd. E 2003, Chron. 543, obs. J.L Respaud.
- CA Versailles 7 novembre 2002 n°01-42, 12ème ch., 1ère section, *SA KPMG c/ SA Sécurinfor* ; RJDA 2003, n°378.
- Cass. Com 6 mai 2003, Sté Nina des îles ; Propr. Ind. 2003, n°72, obs. J. Schmidt- Szalewski.
- CJCE 18 septembre 2003, C-338/00 ; Les Petites affiches, 29 janvier 2004 ; Contrats, conc. consom, février 2004, Comm. n°27, obs. S. Poillot-Peruzzetto.
- TPI 21 octobre 2003, *Opel Nederland BV*, Aff. T-368/00 ; disponible sur le site http://www.curia.eu.int.
- Cass. Com. 28 octobre 2003, n°01-03.662, Bull. civ. I, n°221, p. 116; Contrats, conc, consom. Janvier 2004, Comm. n°4, obs. L. Leveneur.
- TPI 3 décembre 2003 ; pour un commentaire P. Arhel , Les petites affiches, 15 mars 2004, n°53, p 12.
- CJCE 6 janvier 2004, Aff. Jointes C-2/01 et C-3/01, *BAI et Commission c/ Bayer AG* ; e Lamy droit économique, février 2004 p. 1 et s, obs. M. JC Grall et Mme C. Grass
- CA Paris, 5ème chambre, section A, 28 avril 2004, n° d'inscription au répertoire général : 2002/18000.
-

V- TEXTES OFFICIELS

-
- Règlement (CE) n°1475/1995 de la Commission du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords de distribution et de services après-vente de véhicules automobiles ; Code Lamy droit économique , n° 107.
- Rapport sur l'évaluation du règlement (CE) n°1475/95 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après vente de véhicules automobiles ; publié le 15 nov. 2000 (Doc. COM. (2000) 743 *final*) - disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu
- - Règlement (CE) n°1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques

concertées dans le secteur automobile ; JOCE du 1er août 2002, L. 203/30 (disponible à l'adresse Internet ci-dessus)

- - Brochure explicative du règlement n°1400/2002 disponible sur le site http://europa.eu.int/comm/competition
- - Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins de droit communautaire de la concurrence, JOCE C 372 du 09 décembre 1997.
- - Communication de la Commission des Communautés européennes concernant les accords d'importance mineure du 22 décembre 2001, JOCE n° C 368/13 du 22 déc. 2001. Pour un commentaire voir les observations de Mr J.L Respaud ; JCP éd e, 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°3, p. 28-29.

INTRODUCTION GENERALE 9
SECTION 1: La justification des pratiques anticoncurrentielle.....10
Paragraphe 1: La règle de raison du droit antitrust américain ..11
Paragraphe 2: L'introduction de la règle de raison en droit communautaire de la concurrence 13
Paragraphe 3: Le mécanisme de l'exemption 19
SECTION 2: Les règlements n°123/1985 et n°1475/1995.....21
SECTION 3: L'élaboration du règlement d'exemption par catégorie n°1400/2002 23
SECTION 4: La réforme du règlement d'exemption par catégorie n°1400/2002 29
PREMIERE PARTIE Les contraintes de la distribution automobile..... 32
TITRE PREMIER Le fondement de la contrainte : la constatation des effets anti-concurrentiels du contrat de distribution automobile 35
CHAPITRE PREMIER : L'étude de la nouvelle approche des restrictions verticales.....37
SECTION 1 : L'analyse économique du droit en droit de la concurrence 39
Paragraphe 1 : L'analyse economique du droit en droit interne.39
Paragraphe 2 : L'analyse économique du droit en droit communautaire 42
A. La notion d'affectation du commerce entre Etats membres...43
B. La délimitation du marché pertinent 45
1°) La substituabilité des produits et services 45
2°) La délimitation géographique 46
SECTION 2 : L'analyse économique du droit et distribution automobile 46
Paragraphe 1 : Champ d'application élargi.....49
Paragraphe 2 : Définition et calcul des parts de marché 50
A. La délimitation du marché pertinent.....50
1°) Une substituabilité appréciée au regard de la demande de produits et services 50
2°) Les différents marchés distingués 51
B. Le calcul des parts de marché 52
1°) Les seuils de part de marché du règlement d'exemption par catégorie n°1400/2002.....53
2°) La généralisation du seuil de 30 % de parts de marché 54
C. Communication sur les accords d'importance mineure et l'effet cumulatif de réseaux 55
1°) Les accords de distribution automobile d'importance mineure 55
a. La communication CEE du 22 décembre 2001 « *de minimis* » 55
b. Distribution automobile et communication « de minimis » 56

2°) Le risque d'effet cumulatif de réseaux 57
a. Présentation de la théorie de l'effet cumulatif.....57
b. Règlement automobile et effet cumulatif de réseaux..58
Conclusion du premier chapitre 59
CHAPITRE SECOND : L'application judiciaire de la nouvelle approche 62
SECTION 1 : La constatation des pratiques anticoncurrentielles ..63
Paragraphe 1 : Le contrôle du prix de revente par le distributeur64
A. L'appréciation juridique et économique de l'interdiction 64
B. La condamnation des sociétés Volkswagen et Mercedes Benz67
1°) Les pratiques de la société Volkswagen 67
2°) Les pratiques de la société Mercedes Benz.....68
Paragraphe 2 : L'interdiction de revente à des clients hors territoire contractuel.....69
A. Les pratiques de la société Volkswagen.....69
B. Les pratiques de la société Opel Nederland 73
C. Les pratiques de la société Mercedes Benz.....75
D. Les pratiques de la société Automobiles Peugeot.....76
SECTION 2 : Le traitement juridictionnel des comportements anticoncurrentiels 77
Paragraphe 1 : La preuve de l'accord 78
A. La genèse jurisprudentielle.....78
1°) La première affaire Volkswagen (Déc. Comm, 28 janvier 1998 – TPI 06 juillet 2000 – CJCE 18 sept 2003).....81
a. La décision de la Commission.....82
b. La décision du TPI en date du 06 juillet 2000 83
c. La décision de la CJCE en date du 18 septembre 200383
2°) La deuxième affaire Volkswagen, Décision de la Commission du 29 juin 2001 ; JOCE du 02 oct. 2001, n° L. 262/15. 84
B. Le renouveau de la notion.....86
1°) Le prémisse de la jurisprudence Bayer 86
2°) La confirmation par l'arrêt du TPI en date du 03 décembre 2003 88
3°) La confirmation récente de la notion d'accord opérée par la Cour de Justice dans son arrêt en date du 13 juillet 2006.....90
4°) La notion d'accord et l'affaire OPEL NEDERLAND.....96
Paragraphe 2 : Un accord entre entreprises 99
A. L'applicabilité de l'article 101, §1 aux agents commerciaux 100
1°) Le critère fonctionnel : l'exercice d'une activité économique 100
2°) Le critère organique : l'exercice d'une activité économique dans des conditions d'unité et d'autonomie.....101
B. L'application retenue dans l'arrêt Mercedes Benz.....103
Paragraphe 3 : La condition d'affectation du commerce entre Etats membres 106
Paragraphe 4 : La qualification de restriction de concurrence.109
Conclusion du second chapitre 114
Conclusion du premier titre 116

TITRE SECOND : Les instruments de la contrainte : la correction des effets anticoncurrentiels 118
CHAPITRE PREMIER : La fin des barrières à l'entrée au marché de la vente, de l'après vente et de la distribution de pièces de rechange..... 121
SECTION 1 : Les nouveaux entrants sur le marché de la vente et de la réparation de véhicules automobiles 123
Paragraphe 1 : Le service après-vente, un critère qualitatif contesté 124
A. Les fondements de cette liberte commerciale..... 124
1°) Le fondement explicite 124
2°) Le réel but de la Commission 125
B. Les modalités de la dissociation 128
1°) Les nouvelles prérogatives des distributeurs 129
a. Le droit à la sous-traitance du service après-vente .. 129
b. Le devoir d'informer l'utilisateur final des services après-vente existants 130
2°) Le nouveau statut des réparateurs agréés 130
a. La sélection des réparateurs agréés sous l'empire du REC n°1400/2002..... 131
b. Un choix de sélection biaisé par les objectifs de la Commission 132
i. Les faux arguments justificatifs évoqués par la Commission..... 132
ii. Les conséquences néfastes du modèle de sélection exclusivement qualitatif des réparateurs agréés 133
c. La confirmation de l'option « *distribution sélective qualitative* » 136
d. L'exemple du contrat de réparateur agréé « *Citroën* »137
Paragraphe 2 : La redéfinition des droits du réparateur indépendant 139
A. Le droit à l'information : une valeur économique au sein du réseau 139
1°) Les titulaires du droit à l'information 139
2°) La teneur du droit à l'information technique 140
B. Les limites à ce droit : l'exigence d'une contrepartie et le droit de la propriété intellectuelle..... 141
1°) L'exigence d'une contrepartie raisonnable 141
2°) Les refus légitimes..... 142
3°) La protection des dispositifs antivol et les autres manipulations dangereuses des véhicules..... 146
C. La remise en cause des droits du réparateur indépendant . 147
SECTION 2 : La libéralisation du marché de la pièce de rechange 149
Paragraphe 1 : L'analyse juridique du nouveau marché de la pièce de rechange..... 150
A. Le préalable nécessaire : la redéfinition des notions de pièce de rechange, de piece d'origine et de pièce de rechange de qualite équivalente 151
1°) La pièce de rechange 151
2°) La pièce de rechange d'origine..... 151

a. La définition de la pièce de rechange d'origine.....151
b. La preuve de la pièce de rechange d'origine.....152
3°) La pièce de rechange de qualité équivalente 152
B. La liberté d'approvisionnement des opérateurs et liberté de fourniture des équipementiers 153
1°) La liberté d'approvisionnement des membres du réseau153
2°) La liberté de fourniture des équipementiers.....153
C. Le droit des équipementiers d'apposer leur logo sur les pièces produites.....155
Paragraphe 2 : Les prérogatives résiduelles des constructeurs sur ce marché.....155
A. La garantie assumée par le constructeur 156
B. L'obligation d'achat à hauteur de 30 %.....156
SECTION 3 : Les conséquences juridiques de la dissociation du lien vente/service après-vente 157
Paragraphe 1 : La garantie des biens de consommation et le service après-vente.....157
A. La garantie des biens automobiles.....158
1°) Les obligations de garantie issues du droit commun..158
a. L'obligation de garantie légale issue du Code civil ...158
b. La garantie légale issue de la directive européenne du 25 mai 1999.....158
2°) L'obligation de garantie conventionnelle 161
B. L'obligation d'assurer un service après-vente.....163
C. Les débiteurs des obligations de garantie et de service après-vente 167
1°) Le fabricant.....167
2°) Le vendeur- distributeur, membre du réseau.....168
a. Fondement de l'obligation du distributeur 168
b. La responsabilité du distributeur sous-traitant.....169
3°) Un tiers.....171
Paragraphe 2 : Service après-vente et distribution sélective....172
A. Les critères de sélection de la distribution sélective.....172
1°) Les critères de sélection non restrictifs de concurrence172
2°) Le critère du service après-vente 174
B. L'interdiction des refus de garantie conventionnelle 175
Conclusion du premier chapitre 180
CHAPITRE SECOND : Les nouveaux modes de distribution automobile 181
SECTION 1 : L'autorite du règlement.....182
Paragraphe 1 : L'apparente absence de force obligatoire.....182
A. La solution de l'arrêt VAG c/ Magne 183
B. Règlements d'exemption par catégorie et juridictions nationales 184
Paragraphe 2 : Règlement d'exemption et règlement CE n°1/2003 187
A. Les principes du règlement n° 1/2003.....189
1°) Le précédent système d'autorisation préalable.....189
2°) Le nouveau système d'exception légale 190

B. La mise en œuvre du règlement n° 1/2003 191
1°) La mise en œuvre par les instances nationales 192
a. Mise en œuvre théorique 192
b. Mise en œuvre pratique 194
2°) Mise en œuvre par la Commission 197
SECTION 2 : La portée du règlement 198
Paragraphe 1 : Les modes de distribution disponibles 199
A. La distribution exclusive 199
1) Les caractéristiques du contrat de distribution exclusive 199
2) La liberté de revente des distributeurs exclusifs 200
a. La revente aux revendeurs non agréés 200
b. La liberté de vente passive à l'extérieur du territoire d'exclusivité 201
B. La distribution sélective 203
1°) L'analyse des critères de sélection des distributeurs et des réparateurs 203
a. Les critères de sélection qualitatifs 203
b. Les critères de sélection quantitatifs 205
2) Les conditions d'application des critères de sélection . 206
a. Les conditions d'application issues du règlement n°1400/2002 206
b. L'absence de droit à la poursuite du contrat du distributeur évincé 206
c. La communication des critères de sélection et l'atteinte du numerus clausus 209
3) La liberté de revente des distributeurs appartenant à un réseau de distribution sélective 220
Paragraphe 2 : Les modes de distribution encouragés par le règlement 221
A. La fin du cumul distribution exclusive et sélective 221
1°) L'analyse de l'obligation de choisir entre distribution sélective et distribution exclusive 221
2°) L'appréciation de l'efficacité économique de cette obligation de choix 223
3°) Le processus de sélection mis en place par les constructeurs automobiles 224
B. Les formes de distribution novatrices ou l'approvisionnement du marché parallèle 225
1°) L'activité de mandataire intermédiaire 227
2°) Le cas particulier de la grande distribution 231
3°) La distribution de véhicules automobiles sur Internet 234
a. Le principe de liberté de vente par Internet 235
b. Les revendeurs indépendants d'automobiles sur Internet 240
i L'obstacle à la revente sur Internet : le droit des marques 240
ii Le parasitisme économique et la concurrence déloyale 241
C. Le droit au multimarquisme 242

1°) La faveur de la Commission pour le multimarquisme au sein du REC 1400/2002.....243
a. Les obligations restrictives du droit au multimarquisme 244
b Les prérogatives résiduelles des constructeurs.....244
i L'obligation d'achat à hauteur de 30 % 244
ii L'obligation de présenter les produits dans des zones de vente séparées 245
iii L'obligation d'employer du personnel de vente spécifique 245
2°) Multimarquisme et REC 330/2010 248
D. La fin de la clause de localisation 249
1°) Le droit d'établir des points de vente et de livraison supplémentaires.....250
a. Les fondements juridiques de l'interdiction de la clause de localisation 251
b. Les conditions au libre établissement 251
i « Un point de vente ou de livraison supplémentaire », une catégorie définie par la Commission 252
ii Une structure répondant aux exigences du concédant 252
2) Les effets pervers de la faculté d'essaimage.....253
a. Clause de localisation et distribution sélective quantitative 253
b. Le risque de prise de contrôle du secteur par les opérateurs puissants 253
3) Les effets de l'entrée en vigueur de la clause de localisation 254
Conclusion du second chapitre 257
SECONDE PARTIE : Les contrats de la distribution automobile.....259
TITRE PREMIER : La dimension positive 265
1°) Les différentes qualifications juridiques proposées 267
2°) Un contrat cadre de distribution 271
CHAPITRE 1 : Le contrat appréhendé comme un lien.....275
SECTION 1: La naissance du contrat de distribution automobile276
PARAGRAPHE 1 : Le choix du partenaire contractuel.....279
A. Le principe de la liberté contractuelle 279
B. La liberté de se lier dans le contrat de distribution automobile 283
PARAGRAPHE 2 : Un contenu du contrat contrôlé.....284
SECTION 2 : L'exécution du contrat de distribution automobile .286
Paragraphe 1 L'indépendance dans l'interdépendance.....287
Paragraphe 2 L'exclusivité.....288
A. L'analyse de la clause d'exclusivité 288
B. Approvisionnement exclusif et détermination du prix.....290
Paragraphe 3 : Les Obligations « *classiques* » des parties 299
A. Les obligations du fournisseur 299

B. Les obligations du distributeur 301
SECTION 3 : L'extinction du contrat.....302
SOUS SECTION 1 : Les causes de la rupture du contrat de distribution automobile 306
PARAGRAPHE 1 : La rupture du contrat liée a une réorganisation du réseau 307
A. Les conditions d'application du droit de résiliation extraordinaire pour réorganisation substantielle du réseau.....311
1°) L'obligation de motivation de la résiliation extraordinaire pour une réorganisation substantielle du réseau.....312
2°) Le contrôle juridictionnel du motif lié à la réorganisation du réseau.....313
3°) La charge de la preuve.....314
B. Le motif directement tiré de l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002 314
C. Application par les juges nationaux.....316
PARAGRAPHE 2 : La rupture pour manquement à une obligation essentielle du contrat.....321
A- La résolution judiciaire pour inexécution.....322
1°) Analyse de l'article 1184 du Code civil.....322
a. Inexécution par le fournisseur 323
b. Inexécution par le distributeur 323
c. Résiliation du contrat aux torts partagés 324
2°) La remise en cause du principe de résolution judiciaire324
a. Le fondement de ce nouveau pouvoir de rupture unilatérale du contrat 326
b. Les conditions d'exercice du droit de rompre unilatéralement un contrat 328
c. Une rupture aux risques et périls de l'une des parties329
B- L'efficacité de la clause résolutoire 329
1°) La validité de principe de la clause résolutoire.....330
2°) La mise en œuvre de la clause 330
SOUS SECTION 2 : Les modalités de la rupture du contrat de distribution automobile 331
PARAGRAPHE 1: L'obligation de motivation de la résiliation...332
A- Présentation de cette nouvelle obligation 334
1°) Une obligation nécessaire à l'activité de distribution..334
2°) Une mise en œuvre limitée au contrat à durée indéterminée 335
B- Critique de cette obligation de motivation.....336
1°) Une obligation aux contours indéfinis 336
2°) Une obligation protectionniste 337
a. Règlement 1400/2002 et Règlement 2790/1999.....338
b. Une obligation créatrice de « *rente de situation* » anticoncurrentielle 338
PARAGRAPHE 2: Une obligation de préavis précisée 340
A- L'obligation de préavis au sein du règlement n°1400/2002 340
B. Le respect d'un préavis de rupture en droit interne.....341

1°) La reconnaissance d'une obligation de préavis en droit interne 342
2°) Les extensions de l'obligation de préavis 342
a. Le refus de la Cour de consacrer une obligation d'assistance à la reconversion 343
b. L'obligation de donner au préavis un effet utile 344
PARAGRAPHE 3 : Appréciation des solutions de droit interne au regard du droit communautaire 345
SOUS SECTION 2 : Les effets de la rupture du contrat de distribution automobile 347
Paragraphe 1 : Les effets « matériels » de la rupture 347
A. Les effets de l'extinction du contrat de concession quant aux personnes 347
B. Les effets de l'extinction du contrat de concession quant aux biens 348
a. La clause de reprise de stocks 348
b. L'indemnisation du distributeur du seul fait de la rupture du contrat ? 351
Paragraphe 2 : Les cas de rupture sources de responsabilité du résiliant 353
A. La rupture brutale de relations commerciales établies 353
B. La rupture abusive d'un contrat à durée indéterminée ou déterminée 354
1°) Les justifications de l'interdiction de l'abus du droit de rompre une relation contractuelle 355
2°) La preuve de l'abus 357
SECTION 4 : Le règlement des litiges 358
Paragraphe 1 : La préférence de la Commission pour l'expertise ou l'arbitrage au détriment des procédures judiciaires 362
A. L'arbitrage en droit de la concurrence 362
1°) Office de l'arbitre. 362
a. Le pouvoir de relever d'office un moyen tiré du droit de la concurrence 363
b. Le contrôle juridictionnel 367
B. Arbitrage et règlements d'exemption automobiles 369
Paragraphe 2 : L'opportunité de l'article 3-6 du règlement n°1400/2002 372
A. Les avantages apparents de la procédure de règlement non juridictionnel des litiges instituée par le règlement n°1400/2002 372
B. L'inadaptation partielle de la clause de règlement non juridictionnel des litiges au secteur automobile 373
Conclusion du premier chapitre 374
CHAPITRE 2 : Le contrat de distribution appréhendé comme un bien 376
SECTION 1 : La transmission du contrat entre membres du réseau 376
SECTION 2 : La circulation du contrat en dehors du réseau 377
Paragraphe 1 : Le principe de cessibilité du contrat 378
A. Exposé du principe 378
B. Applications du principe 381

Paragraphe 2 : La clause d'agrément 384
A. L'existence de la clause 384
B. La motivation du refus d'agrément 385
C. La caractérisation de l'abus 388
Conclusion du second chapitre 390
TITRE SECOND : La dimension prospective.....391
CHAPITRE 1 : La disparition du caractère intuitu personae du contrat 392
SECTION 1 : L'intuitus personae dans les contrats cadres de distribution 393
Paragraphe 1 :L'intérêt théorique de la notion d'intuitus personae 393
A. La nature de la notion.....394
B. Le régime de la notion.....395
1°) Intuitus personae et formation du contrat.....396
2°) Intuitus personae et exécution du contrat 397
a. L'exigence d'exécution personnelle du contrat.....398
b. La circulation du contrat.....398
c. Intuitus personae et extinction du contrat 399
 i. Les conditions de résiliation d'un contrat conclu intuitu personae 399
 ii. Le décès d'un contractant. 400
Paragraphe 2 l'Intérêt pratique de la notion 400
1°) Intuitus personae et contrat de franchise. 402
2°) Intuitus personae et contrat de distribution de véhicules neufs et de services après-vente.....403
SECTION 2 : Le traitement de l'intuitus personae dans le règlement n°1400/2002 406
Paragraphe 1 : Une disparition apparente de la notion d'intuitus personae 406
Paragraphe 2 : La résurgence de la notion par la voie contractuelle 407
A. La conclusion d'un pacte de préférence au profit du fournisseur 407
1°) Conditions de conclusion d'un pacte de préférence....407
2°) Opportunité pratique d'un pacte de préférence.....408
B. Clause d'extinction du contrat en cas d'atteinte à l'intuitus personae 412
CHAPITRE 2 : La transformation de la distribution en réseau 415
SECTION 1 : Le sort de l'obligation de collaboration dans le réseau416
Paragraphe 1 : une obligation d'assistance affaiblie.....416
A. Obligation d'assistance et règlement n° 1400/2002 418
B. Obligation d'assistance et droit interne.....419
1°) L'octroi d'une aide commerciale aux distributeurs en difficulté.....420
a. L'assistance mise en place par le groupe PSA.....420
b. L'assistance mise en place par le groupe Renault....421
2°) Le refus de qualifier cette possibilité en obligation contractuelle contraignante 422

Paragraphe 2 : obligation de collaboration et disparition des normes communes dans le réseau.....424
SECTION 2 : Le règlement n°1400/2002 et la protection des réseaux 427
Paragraphe 1 : Le droit de libre revente.....428
Paragraphe 2 : Une limite : l'action en concurrence déloyale...431
Paragraphe 3 : Une protection légale et prétorienne suffisante435
Paragraphe 4 : Revente hors réseau et distribution automobile438
Conclusion 442
I. L'impact pratique du règlement n°1400/2002 sur les structures de distribution des véhicules neufs et des services après-vente.....443
A. Les effets positifs du règlement.....444
1°) Sur le marché de la distribution de véhicules neufs...444
2°) Sur le marché du service après-vente.....447
B. Les effets négatifs du règlement 451
1°) La promotion du multimarquisme.....451
2°) Le renforcement de « *l'effet corset* ».....451
3°) L'objectif de protection des distributeurs.....452
II. L'opportunité d'une réglementation sectorielle...453
A. les raisons d'une incorporation au sein du droit commun des restrictions verticales.....453
B. les CONSEQUENCES d'une incorporation du secteur de la distribution automobile au droit commun des restrictions verticales454
III. Le compromis adopté par la Commission 456
A. La preservation de la concurrence dans le secteur de la vente de véhicules neufs.....456
B. La preservation de la concurrence dans le secteur de la distribution de services de réparation.....459
BIBLIOGRAPHIE.....461

LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE : ETUDE JURIDIQUE

Céline alcalde

Etudes Teutates *

***TEUTATES** [tœtatês]. *var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messager des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamique du droit »).*

DYNAMIQUES DU DROIT
UMR 5815

www.cdcm-montpellier.fr