

Étude approuvée par la Commission d'examen des pratiques commerciales le 3 octobre 2007

Titre :

Étude relative à la conformité au règlement (CE) n°1400/2002 et à l'article 442-6-I du code de commerce de certaines stipulations des contrats de distribution sélective, quantitative et qualitative, mis en œuvre en France dans le secteur automobile

Auteur :

**Maître Max VAGUE,
Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles**

Sommaire :

Contrats de distribution sélective quantitative et qualitative, conformité au règlement (CE) n°1400/2002 des stipulations ayant pour objet : -la limitation du nombre de distributeurs (1) -la limitation de l'essaimage (2) -la limitation du multimarquisme (3) -la fixation des objectifs de vente (4) -la limitation du territoire de vente des distributeurs (5) -le contrôle des livraisons croisées entre membres du réseau (6) -le changement d'associés ou de dirigeants de la société de distribution (7) -le recours à un expert indépendant (8).

A- Conditions d'application de l'interdiction de l'article 81/1 CE aux contrats de distribution sélective quantitative et qualitative.

B- Appréciation des stipulations (1) à (8) au regard des conditions d'exemption de l'interdiction de l'article 81/1 CE édictées par le règlement (CE) n°1400/2002.

C- Observations relatives aux conséquences attachées au défaut d'exemption des contrats de distribution sélective quantitative et qualitative relevant de l'interdiction de l'article 81/1 CE.

Contrats de distribution sélective quantitative et qualitative, conformité à l'article L 442-6-I du code de commerce des stipulations ayant pour objet : -la fixation des objectifs de vente (4) -la modification unilatérale des critères d'appartenance au réseau de distribution (9) -la modification unilatérale des conditions de paiement et de l'encours consentis aux distributeurs (10) -la modification unilatérale des prix de vente aux distributeurs (11).

A- Principes régissant l'articulation du droit communautaire et du droit national.

-De la primauté du droit communautaire sur le droit des États membres.

-De l'application du droit national aux stipulations non régies par l'article 81 CE.

-De l'application du droit national aux comportements unilatéraux non régis par l'article 81 CE.

B-Examen de la conformité des stipulations (4), (9), (10) et (11) à l'article L 442-6-I du code de commerce

C- Observations conclusives.

Étude relative à la conformité au règlement (CE) n°1400/2002 et à l'article 442-6-I du code de commerce de certaines stipulations des contrats de distribution sélective, quantitative et qualitative, mis en œuvre en France dans le secteur automobile

Au regard du droit communautaire de la concurrence, l'adoption d'un règlement propre au secteur automobile se justifie notamment par le fait que l'automobile est un produit de haute technicité dont la conception, la construction et la réparation doivent satisfaire à une exigence de sécurité élevée qui impose un traitement spécifique du produit et des services qui lui sont associés.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n°1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81/3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JOCE n° L203, 1^{er} août 2002), les constructeurs recourent très largement aux contrats de distribution sélective quantitative et qualitative pour assurer la distribution de leurs véhicules dans les États membres de la CE.

Lorsqu'ils sont visés par l'interdiction de l'article 81/1 CE, ces contrats sont automatiquement exemptés de cette interdiction en application de l'article 81/3 dès lors qu'ils remplissent les conditions posées par le règlement (CE) n°1400/2002.

Les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative mis en œuvre en France dans le secteur automobile contiennent des stipulations dont la conformité pose souvent question au regard d'une part du règlement (CE) n°1400/2002 et d'autre part de l'article L 442-6-I du code de commerce.

Celles dont la conformité au règlement (CE) n°1400/2002 pose question ont généralement pour objet : -la limitation du nombre de distributeurs (1) -la limitation de l'essaimage (2) -la limitation du multimarquisme (3) - la fixation des objectifs de vente (4) -la limitation du territoire de vente des distributeurs (5) -le contrôle des livraisons croisées entre membres du réseau (6) -le changement d'associés ou de dirigeants de la société de distribution (7) -le recours à un expert indépendant (8).

Les stipulations dont la conformité à l'article L 442-6-I du code de commerce est à préciser ont habituellement pour objet : -la fixation des objectifs de vente (4) -la modification unilatérale des critères d'appartenance au réseau de distribution (9) -la modification unilatérale des conditions de paiement et de l'encours consentis aux distributeurs (10) -la modification unilatérale des prix de vente aux distributeurs (11).

L'examen de la conformité des deux séries de stipulations ayant l'objet précité, au regard respectivement du règlement (CE) n°1400/2002 et de l'article L 442-6-I du code de commerce, n'aboutit pas toujours à des certitudes juridiques en raison de la rareté de la jurisprudence communautaire ou nationale en la matière.

La présente étude apporte des éléments de réflexion et propose des solutions en vue d'enrichir le cadre de référence utile à la conduite de l'examen de conformité des stipulations concernées aux dispositions des textes précédents.

Contrats de distribution sélective quantitative et qualitative, conformité au règlement (CE) n°1400/2002 des stipulations ayant pour objet :

-la limitation du nombre de distributeurs (1) -la limitation de l'essaimage (2) -la limitation du multimarquisme (3) -la fixation des objectifs de vente (4) -la limitation du territoire de vente des distributeurs (5) -le contrôle des livraisons croisées entre membres du réseau (6) -le changement d'associés ou de dirigeants de la société de distribution (7) -le recours à un expert indépendant (8).

Le règlement (CE) n°1400/2002 définit les conditions requises pour que certaines catégories d'accords entre entreprises dans le secteur automobile relevant de l'interdiction de l'article 81/1 CE soient automatiquement exemptées de cette interdiction en application de l'article 81/3 CE.

Afin d'examiner la conformité à ce règlement des stipulations d'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative déterminé, il y a donc lieu de vérifier d'abord que ce contrat relève de l'interdiction de l'article 81/1 CE, et ensuite que ces stipulations répondent aux conditions d'exemption automatique de cette interdiction posées par le règlement.

Doivent en outre être précisées les conséquences attachées au défaut d'exemption des contrats de distribution sélective quantitative et qualitative relevant de l'interdiction de l'article 81/1 CE.

A- Conditions d'application de l'interdiction de l'article 81/1 CE aux contrats de distribution sélective quantitative et qualitative.

Un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative relève de l'interdiction de l'article 81/1 CE, si d'une part il a pour « objet ou pour effet » de restreindre « sensiblement » la concurrence dans le marché commun, et d'autre part est « susceptible d'affecter de manière sensible » le commerce entre États membres.

Dans la mesure où il fait partie d'un réseau de contrats de distributeurs que le fournisseur sélectionne en application de critères qui en limitent directement le nombre, ce contrat a pour « objet ou pour effet » de restreindre la concurrence.

L'objet ou l'effet restrictif de concurrence de ce contrat est « sensible » dès lors que par l'intermédiaire du réseau auquel il appartient, le fournisseur détient sur le marché pertinent, en l'occurrence le marché national des produits considérés, une part supérieure aux seuils en dessous desquels une restriction de concurrence est présumée insignifiante (communication de la Commission du 22 décembre 2001 sur les accords d'importance mineure, JOCE n° L 368, 22 /12/2001).

Un tel contrat restreint nécessairement la concurrence « dans le marché commun » lorsque son objet ou son effet restrictif sur la concurrence, cumulé avec celui du réseau de contrats dont il fait partie, s'exerce sur l'ensemble d'un marché national.

Enfin, lorsqu'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative fait partie d'un réseau par lequel le fabricant distribue ses véhicules non seulement sur l'ensemble du territoire français, mais également dans plusieurs États de la CE, il est « susceptible d'affecter » le commerce entre États membres. Cette affectation est sensible en particulier dans le cas où sont dépassés les seuils de sensibilité définis par la Commission dans ses lignes directrices en la matière (Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce entre États membres figurant aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, 27/04/04, C 101/81).

B-Appréciation des stipulations (1) à (8) au regard des conditions d'exemption de l'interdiction de l'article 81/1 CE édictées par le règlement (CE) n°1400/2002.

L'appréciation de la conformité au règlement (CE) n°1400/2002 des stipulations d'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative visée par l'interdiction de l'article 81/1 CE s'impose uniquement pour celles énoncées dans les contrats faisant partie d'un réseau dont le fournisseur ne détient pas une part supérieure à 40% du marché en cause (art.3. &1 2^{ème} alinéa et art. 8. &2). Au delà de ce seuil, un tel contrat ne peut bénéficier de l'exemption réglementaire.

Outre cette condition économique, le bénéfice de l'exemption réglementaire d'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative est subordonné à une double condition juridique relative à la conformité de ses stipulations au règlement (CE) n°1400/2002.

D'une part le contrat de distribution concerné doit contenir les stipulations obligatoires édictées à l'article 3 . &3, &4, &5 et &6 du règlement : l'absence de l'une de ces stipulations est un obstacle à l'exemption.

D'autre part ce contrat ne doit pas contenir de stipulations interdites constitutives d'une « restriction caractérisée » au sens de l'article 4 du règlement : la présence de l'une de ces stipulations est également un obstacle à l'exemption.

L'appréciation de la conformité au règlement (CE) n°1400/2002 des stipulations d'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative n'est cependant pas réduite au respect de la double condition juridique précédente. En effet, le règlement ne relève pas de l'interdiction de l'article 81/1 CE plusieurs stipulations dont la présence toutefois ne fait pas obstacle à l'exemption d'interdiction du contrat qui les contient. Simplement, ces stipulations restent interdites et nulles de plein droit en application de l'article 81/2 CE (art. 5).

La conformité au règlement (CE) n°1400/2002 des stipulations d'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative peut ainsi tenir au fait soit qu'elles sont imposées (art. 3 . &3, &4, &5 et &6), soit qu'elles ne sont pas interdites par ce règlement (art. 4 et art. 5).

a)-Stipulations ayant pour objet la limitation du nombre de distributeurs (1) :

Les contrats de distribution des fournisseurs dans le secteur automobile prévoient généralement que « dans les États membres de la CE les réseaux de distribution sont organisés sous la forme d'un système de distribution sélective dans lequel les distributeurs sont sélectionnés en application de critères de sélection quantitative et qualitative ».

Le règlement (CE) n°1400/2002 définit successivement la distribution sélective, la distribution sélective qualitative et la distribution sélective quantitative.

La distribution sélective est « 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 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... » (art.1^{er} &1 f).

La distribution sélective qualitative est « 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 » (art.1^{er} &1 h).

La distribution sélective quantitative est « 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 » (art.1^{er} &1 g).

S'il précise que dans la distribution sélective, les distributeurs sont sélectionnés sur la base de critères définis, le règlement ne définit aucunement ces critères. Il n'impose pas davantage au fournisseur de les faire connaître aux distributeurs.

Néanmoins la plupart des contrats de distribution sélective quantitative et qualitative dans le secteur automobile définissent des critères qualitatifs de sélection et en imposent le respect aux distributeurs après leur entrée dans le réseau.

En revanche, généralement ces contrats ne définissent pas de critères de sélection quantitative et n'obligent pas le fournisseur à les faire connaître aux distributeurs.

Se pose alors la question de la conformité au règlement (CE) n°1400/2002 des stipulations ayant pour objet la limitation du nombre de distributeurs susceptibles d'être sélectionnés dans le réseau, mais qui ne définissent pas les critères quantitatifs sur lesquels repose cette limitation., et n'imposent pas au fournisseur de les faire connaître aux distributeurs.

Aujourd'hui deux opinions s'opposent face au silence du règlement en la matière.

-Selon une première opinion, ce silence signifie que dans un système de distribution sélective quantitative, le choix des distributeurs par le fabricant ne relève pas du droit communautaire, mais peut relever du droit interne des États membres dans lesquels sont choisis les distributeurs.

-Une deuxième opinion considère que si le règlement (CE) reconnaît la validité des contrats de distribution sélective quantitative sans édicter aucune prescription expresse relative aux critères quantitatifs servant à limiter le nombre des distributeurs, c'est parce qu'il admet implicitement que de tels critères doivent nécessairement être précis, objectifs et définis.

Au plan communautaire, en l'absence de jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des CE en la matière, il convient de se référer à la position adoptée par la Commission CE en faveur de la première opinion ci-dessus, telle que cette position a été exposée au Rapporteur et soumise à la juridiction d'un État membre conformément à l'article 15.&3. 3^{ième} et 4^{ième} al. du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 aux termes duquel « Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la

Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales » (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, JOCE n° L 1/1, 4/1/2003).

Selon la position de la Commission CE, la distinction faite par le règlement entre la distribution sélective quantitative et la distribution sélective qualitative est très nette. Autant la dernière implique des critères spécifiques requis par la nature des biens ou des services contractuels, appliqués de façon uniforme et non discriminatoire, autant la distribution quantitative laisse une très grande marge de manœuvre au constructeur. En particulier, toute liberté peut être laissée aux constructeurs quant au nombre ou à la localisation des membres de leur réseau de distribution. Un critère de sélection des membres d'un réseau sélectif quantitatif peut tout à fait reposer sur le principe de l'intuitu personae sans pour autant contrevenir au règlement (CE) n°1400/2002. Il n'est dès lors pas dans l'esprit dudit règlement d'exiger qu'ils explicitent leurs critères quantitatifs leur permettant de fixer directement le nombre de leurs distributeurs.

La Commission ne cherche à définir ni les critères autorisés, ni la manière dont le constructeur devrait organiser son réseau : sous réserve qu'un accord réponde aux conditions essentielles pour l'application du règlement, tout est permis, à l'exception d'une liste noire de restrictions caractérisées, c'est – à –dire qui entravent gravement la concurrence.

Cette opinion est présentée sans préjudice de l'application de dispositions nationales, par exemple en matière d'abus de dépendance économique.

En application de cette opinion, toute stipulation d'un contrat de distribution sélective quantitative qui limiterait le nombre de distributeurs sans définir les critères quantitatifs qui président à cette limitation, et sans imposer au fournisseur de les faire connaître aux distributeurs, devrait être estimée conforme au règlement (CE) n°1400/2002.

-En revanche, la Cour d'appel de Dijon, la Cour d'appel de Douai, et la Cour de cassation semblent avoir adhéré à la deuxième opinion précédemment exposée.

Après avoir rappelé « que le règlement définit le système de 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 », la Cour d'appel de Dijon poursuit : « ces critères doivent être précis, objectifs et définis, ainsi que cela résulte de la jurisprudence applicable en matière d'accords verticaux autorisés par le règlement général n°2790/1999 » (CA Dijon, 1^{er} avril 2004, SA Garage Grémeau / Société Daimler Chrysler France).

Dans le même esprit mais de manière plus réservée, la Cour d'appel de Douai considère « que la sélection doit se fonder sur des critères objectifs tant en ce qui concerne celle à caractère qualitatif que celle fondée sur des éléments quantitatifs » (CA Douai, 15 avril 2004, SA Centre Automobile Artésien / SA BMW France).

La Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Dijon d'avoir, dans l'arrêt précité, procédé à la fois à un contrôle de précision et d'objectivité du critère quantitatif (Cass. com. 28 juin 2005, SA Garage Grémeau pourvoi n° R 04-15.279, arrêt n°982 FS-P+B+1, rectifié par Cass. com. 12 juillet 2005, requête n° R 04-15.279, arrêt n°1319 FS-P+B+I).

Cette jurisprudence a été confirmée et même complétée par un arrêt de la Cour de cassation qui approuve la Cour d'appel de Paris d'avoir constaté que les critères quantitatifs litigieux « qui sont objectifs et précis, ont été mis en œuvre de façon uniforme » (Cass. com. 6 mars 2007, Société Ferry Automobiles, pourvoi n° U 05-17.011, arrêt n° 402 F-P+B).

Dans ce dernier arrêt, en approuvant la Cour d'appel de Paris d'avoir constaté non seulement l'objectivité et la précision des critères quantitatifs de sélection, mais également leur mise en œuvre uniforme, la Cour de cassation réduit davantage les différences qui pourraient encore subsister entre le régime des critères quantitatifs et celui des critères qualitatifs, et ce, à l'instar d'une jurisprudence de droit national constante en la matière.

Définir le régime communautaire des critères quantitatifs de sélection à la lumière du droit national n'est pas sans risque au regard de l'impératif d'une application uniforme du droit communautaire de la concurrence dans l'ensemble des États de la CE (CJCE, Wilhelm / Bundeskartellamt, 13 févr. 1969, aff. C-14/68).

Ce risque pourrait être supprimé si la Cour de justice des CE était saisie par une juridiction nationale, conformément à l'article 234 CE, d'un renvoi préjudiciel ayant pour objet l'interprétation des dispositions du règlement (CE) n°1400/2002 relatives au régime des critères de sélection quantitative dans les systèmes de distribution sélective.

Dans l'attente d'un arrêt préjudiciel en la matière, force est de reconnaître qu'au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, un contrat de distribution sélective quantitative visé par l'interdiction de l'article 81/1 CE qui limiterait le nombre des distributeurs sans arrêter des critères quantitatifs précis, objectifs et définis de nature à fonder cette limitation ne serait pas conforme au règlement (CE) n°1400/2002.

Ces deux opinions étant rappelées, on peut observer que dans la liste des clauses obligatoires que doivent contenir les contrats de distribution sélective quantitative pour être exemptés d'interdiction, le règlement (CE) n°1400/2002 n'impose nullement l'obligation de prévoir une clause qui devrait définir les critères quantitatifs sur lesquels devrait reposer la limitation du nombre de distributeurs susceptibles d'être sélectionnés, ou qui imposerait au fournisseur de les faire connaître aux distributeurs.

Bien plus, alors qu'il a caractérisé les critères de la distribution sélective qualitative (art. 1er & 1 h) en précisant qu'ils sont requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs souhaitant adhérer au système de distribution, appliqués d'une manière non discriminatoire et qu'ils ne limitent pas directement le nombre de distributeurs, le règlement a seulement indiqué que dans la distribution sélective quantitative, le fournisseur sélectionne les distributeurs par des critères qui limitent directement leur nombre (art.1^{er} & 1 g).

Dans ces conditions, il paraît difficile, au regard de l'analyse juridique du règlement, de considérer que celui-ci exige des contrats de distribution sélective quantitative qu'ils contiennent des critères quantitatifs précis, objectifs et définis, ou qu'ils imposent au fournisseur de les faire connaître aux distributeurs alors que le règlement ne formule pas cette exigence.

Cette conclusion est d'ailleurs justifiée non seulement par l'analyse juridique du règlement, mais également par les caractères distinctifs des critères qualitatifs et quantitatifs de sélection habituellement pratiqués.

Les critères qualitatifs de sélection sont des standards de qualité que le distributeur doit observer pour adhérer au système de distribution et qu'il s'oblige à respecter durant l'exécution du contrat. Ces critères doivent être identiques pour tous les distributeurs d'un même réseau et leur définition dépend principalement de la volonté

du fournisseur qui peut et doit les imposer uniformément dans tous les contrats constitutifs de son réseau de distribution. Ces critères possèdent une stabilité géographique et temporelle qui permet de les prévoir et de les maintenir inchangés dans des contrats de longue durée. Dès lors, le règlement (CE) n°1400/2002 peut logiquement requérir de ces critères qu'ils soient établis uniformément dans tous les contrats d'un même réseau et appliqués de manière non discriminatoire.

Il en va différemment des critères quantitatifs de sélection. Ces critères sont définis à partir d'éléments d'ordre économique que le fournisseur n'a généralement pas les moyens de maîtriser au même titre que les critères qualitatifs de sélection. En outre, à la différence des critères qualitatifs, les critères quantitatifs de sélection ne peuvent être fixés de manière uniforme pour l'ensemble d'un marché national, mais doivent être déterminés en fonction des caractéristiques propres aux zones géographiques d'implantation de chaque distributeur. De plus, ils doivent évoluer dans le temps en fonction de l'évolution d'éléments indépendants de la volonté du fournisseur comme la position de la concurrence ou le pouvoir d'achat des consommateurs. Il s'ensuit que ces critères, par définition différenciés et variables dans l'espace et dans le temps, ne peuvent être toujours identiques dans l'ensemble des contrats du réseau et doivent pouvoir évoluer à l'intérieur même de chaque contrat.

Exiger qu'ils soient identiques et appliqués uniformément participerait d'une méconnaissance de leur rôle qui est de permettre une exploitation optimale des marchés concernés, par la recherche d'un équilibre permanent entre l'offre des produits du fournisseur et la demande existante dans les zones géographiques d'implantation des distributeurs, et ce, grâce à une analyse pragmatique et continue des caractéristiques spécifiques de chacune de ces zones.

Par ailleurs, la transparence des critères quantitatifs de sélection qui résulterait de leur stipulation dans les contrats de distribution sélective ou de l'obligation de les faire connaître à l'ensemble des distributeurs est susceptible de compromettre le secret des affaires, car ces critères sont généralement des éléments confidentiels de la stratégie commerciale du fournisseur.

Enfin cette transparence est de nature à rigidifier la concurrence qui doit subsister entre les distributeurs d'un même réseau, car informés des critères en vigueur dans leur zone d'implantation respective, ils risqueraient de convenir d'un *modus vivendi* favorable à des comportements collusoires de non-agression.

Dans cette mesure, une stipulation qui limite le nombre des distributeurs sans définir les critères quantitatifs de cette sélection, ou qui n'impose pas au fournisseur de les faire connaître aux distributeurs, devrait être tenue pour conforme au règlement (CE) n°1400/2002.

On observera cependant que dans la distribution sélective quantitative, le pouvoir du fournisseur de sélectionner les distributeurs n'est pas pour autant discrétionnaire.

Si cette sélection était constitutive de conditions de vente discriminatoires à l'intérieur d'un marché géographique au sens de l'article 6. &1 d) du règlement (CE) n°1400/2002, elle pourrait justifier la décision de la Commission CE de retirer le bénéfice du règlement.

Par ailleurs, le pouvoir du fabricant de sélectionner ses distributeurs pourrait trouver une limite dans l'article 6. &2 du règlement (CE) n°1400/2002 qui dispose : « Lorsque dans un cas déterminé, des accords verticaux auxquels l'exemption s'applique produisent des effets incompatibles avec les conditions prévues à l'article 81 paragraphe 3 du traité sur le territoire d'un État membre ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les

caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'autorité compétente de cet État membre peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement sur ce territoire... ».

En outre, si le fabricant détenait une position dominante dans une partie substantielle du marché commun, la sélection des distributeurs pourrait être constitutive d'une exploitation abusive de cette position, notamment dans le cas où elle se traduirait par certaines pratiques discriminatoires, et ce, même si ces pratiques étaient mises en oeuvre dans le cadre d'un contrat de distribution sélective quantitative bénéficiant de l'exemption catégorielle prévue par le règlement (CE) n°1400/2002, puisqu'une telle exemption n'exonère pas les entreprises en position dominante de l'obligation de se conformer à l'article 82 CE (TPICE 10 juill. 1990, aff. T-51/89, Tetra Pak Rausing SA / Commission CE, Rec.II, 309 ; et « considérant 35 » du règlement (CE) n°1400/2002)

Enfin et surtout, on doit souligner que le pouvoir du fabricant de choisir ses distributeurs dans le cadre d'un système de distribution sélective quantitative pourrait dans certaines conditions, faire l'objet d'un contrôle par le droit national de l'État membre dans lequel les distributeurs sont choisis.

b)-Stipulations ayant pour objet la limitation de l'essaiage (2) :

Les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative mis en oeuvre dans le secteur automobile contiennent parfois des stipulations relatives à l'essaiage, c'est - à - dire à la capacité du distributeur de créer d'autres points de vente en dehors de l'emplacement initial.

Certaines stipulations obligent le distributeur « à n'effectuer aucun essaiage de la marque objet du contrat » ou prévoient qu'il « n'effectuera aucun essaiage de la marque sauf accord préalable » du fournisseur.

D'autres stipulations imposent au distributeur souhaitant essaimer d'informer le fournisseur par écrit au moins six mois avant la création d'un nouveau point de vente pour lui permettre de vérifier le respect des critères qualitatifs applicables au réseau.

Ces deux types de stipulations ne paraissent pas susceptibles d'être exemptées de l'interdiction de l'article 81/1 CE en application du règlement (CE) n°1400/2002.

Aux termes de l'article 5. &2. b du règlement, l'exemption ne s'applique pas « à 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 ».

La finalité de cette disposition est de permettre aux distributeurs, par l'essaiage ou délocalisation de leur activité liée à la création de nouveaux points de vente ou de livraison supplémentaires, d'exploiter de nouvelles opportunités commerciales, notamment dans d'autres États membres, et de renforcer la concurrence intra-marque au profit des consommateurs.

L'essaiage est supprimé par la stipulation qui l'interdit, et restreint par celle qui le subordonne à l'accord préalable du fournisseur, ou impose au distributeur d'informer le fournisseur au moins six mois avant la création d'un nouveau point de vente pour lui permettre de procéder aux vérifications nécessaires.

Si le fournisseur est en droit d'exiger du distributeur qu'il l'informe préalablement à l'ouverture d'un point de vente ou de livraison supplémentaire pour lui permettre de vérifier le respect des critères qualitatifs applicables

au réseau, un délai minimum de six mois paraît excessif, sauf circonstance particulière, au regard d'une telle vérification et restreint de ce fait l'essaimage.

En conséquence, des stipulations interdisant l'essaimage ou le conditionnant à l'accord préalable du fournisseur, ou imposant au distributeur d'informer par écrit le fournisseur au moins six mois avant la création d'un nouveau point de vente pour lui permettre de vérifier le respect des critères qualitatifs applicables au réseau, devraient être tenues pour non conformes au règlement (CE) n°1400/2002.

c)-Stipulations ayant pour objet la limitation du multimarquisme (3) :

Des stipulations relatives au multimarquisme, c'est – à – dire à la vente de véhicules de marques différentes par le distributeur figurent souvent dans les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative du secteur automobile.

Tel est le cas d'une stipulation imposant au distributeur « ...d'informer le fournisseur par écrit, et au moins deux mois avant toute décision, de son intention éventuelle de signer un contrat avec une nouvelle marque de véhicules non encore présente sur son terrain », précisant que le non - respect de cette obligation serait de nature à rendre le contrat caduque, et que de surcroît, en fonction de la qualité et du nombre de nouvelles marques, le fournisseur se réserve la faculté de résilier le contrat le cas échéant avec effet immédiat.

Tel est également le cas d'une stipulation prévoyant que les distributeurs liés au fournisseur sont en droit d'élire un comité consultatif des distributeurs pour une certaine durée, et que ne peut être membre de ce comité tout membre d'un autre comité consultatif des distributeurs de la même branche du secteur automobile.

Le multimarquisme est visé implicitement par l'article 5. &1 du règlement (CE) n°1400/2002 aux termes duquel l'exemption ne s'applique pas, notamment à « toute obligation directe ou indirecte de non – concurrence » (art. 5. &1 a) ainsi qu'à « toute obligation directe ou indirecte empêchant les membres d'un système de distribution de vendre des véhicules automobiles ou des pièces de rechange de fournisseurs concurrents déterminés...» (art. 5. &1 c).

-L'obligation faite au distributeur « ...d'informer le fournisseur par écrit, et au moins deux mois avant toute décision, de son intention éventuelle de signer un contrat avec une nouvelle marque de véhicules de loisirs non encore présente sur son terrain » soumet le distributeur à un contrôle préventif non prévu par le règlement (CE) n° 1400 / 2002. En imposant au distributeur cette obligation d'information préalable, le fournisseur détient le pouvoir d'influencer négativement la décision du distributeur. Cette obligation peut donc être de nature à limiter la concurrence que le distributeur est susceptible de faire au fournisseur en vendant des véhicules d'un fournisseur concurrent.

-Une stipulation prévoyant qu'un distributeur ne peut être membre du comité consultatif des distributeurs du réseau du fournisseur, s'il est membre d'un autre comité consultatif des distributeurs de la même branche du secteur automobile empêche les distributeurs d'un réseau pratiquant le multimarquisme d'être membre de comités consultatifs de distributeurs de marques différentes.

Dans la mesure où la qualité de membre du comité consultatif des distributeurs du réseau d'un fournisseur peut être la source d'avantages de nature à améliorer la position du distributeur sur le marché, il n'est pas exclu que l'impossibilité de conserver ou d'acquérir cette qualité du seul fait de l'appartenance au comité consultatif des distributeurs d'un réseau concurrent puisse avoir un effet dissuasif sur la pratique du multimarquisme.

En effet, même si l'interdiction d'être membre de comités consultatifs de distributeurs de marques différentes ne limite pas directement le multimarquisme, elle prive tout distributeur membre du comité consultatif des distributeurs d'un réseau, des avantages qu'il pourrait tirer de la qualité de membre d'un comité consultatif des distributeurs d'un autre marque, ce qui n'exclut pas qu'il puisse être défavorisé face aux distributeurs d'un autre réseau membres de ce comité, et par là – même dissuadé indirectement de pratiquer le multimarquisme.

Toutefois, bien qu'il ne puisse être exclu que l'interdiction précédente produise un effet dissuasif indirect sur la pratique du multimarquisme, cet effet ne paraît pas suffisamment certain pour constituer une obligation de non - concurrence au sens de l'article 5. &1 a) du règlement (CE) n°1400/2002, ou encore pour empêcher les membres d'un système de distribution de vendre des véhicules automobiles de fournisseurs concurrents comme indiqué à l'article 5. &1 c).

Une stipulation prévoyant qu'un distributeur ne peut être membre du comité consultatif des distributeurs du réseau du fournisseur, s'il est membre d'un autre comité consultatif des distributeurs de la même branche paraît donc conforme au règlement (CE) n°1400/2002.

d)-Stipulations ayant pour objet la fixation des objectifs de vente (4) :

Des stipulations ayant pour objet la fixation des objectifs de vente sont courantes dans les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles.

Elles prévoient habituellement que « les objectifs de vente sont fixés chaque année par le fournisseur au plus tard en début de saison, qu'ils s'imposent au distributeur, qu'ils constituent un élément substantiel du contrat, et qu'à défaut de réalisation des objectifs ainsi fixés, le fournisseur se réserve la faculté d'en tirer toutes les conséquences qu'il jugera opportunes et de nature à lui assurer la pérennité et le développement de son activité sur le secteur considéré ».

Ces stipulations définissent principalement le mode de fixation des objectifs de vente et précisent accessoirement la sanction du défaut de réalisation des objectifs fixés.

-Stipulations définissant le mode de fixation des objectifs de vente :

Les stipulations telles que celles précitées confèrent au fournisseur le pouvoir de fixer les objectifs de vente chaque année, mais n'imposent pas au distributeur une obligation d'approvisionnement exclusif qui constituerait une obligation de non – concurrence au sens de l'article 5. &1 a) du règlement (CE) n°1400/2002, ou une obligation qui empêcherait le distributeur de vendre des véhicules automobiles de fournisseurs concurrents déterminés comme indiqué à l'article 5. &1 c).

En elles – mêmes, ces stipulations sont donc conformes aux dispositions des articles 5. &1 a) et 5. &1 c) du règlement (CE) n°1400/2005.

Toutefois, l'article 1^{er} &1 b) du règlement précise que constitue une obligation de non – concurrence toute obligation directe ou indirecte « imposant à l'acquéreur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 30% de ses achats totaux de biens contractuels, de biens ou de services correspondants ou de leurs substituts sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués l'année précédente ».

De la lecture de l'article 5. &1 a) du règlement à la lumière de la disposition précédente, il ressort que le règlement n'exempte pas de l'interdiction de l'article 81/1 CE les stipulations directes ou indirectes qui incitent ou qui obligent le distributeur à acheter plus de 30% de ses besoins d'un certain type de produit auprès d'un seul fournisseur (Brochure explicative du règlement n°1400/2002 de la Commission CE du 31 juillet 2002 relatif au secteur automobile, p.34).

Inversement, les stipulations qui n'empêchent pas le distributeur de se procurer 70% de leurs besoins de produits ou services substituables auprès d'autres fournisseurs produisant des produits concurrents bénéficient de l'exemption réglementaire.

Simplement, la limite de 30% imposée aux obligations directes ou indirectes de non – concurrence doit permettre aux membres du réseau qui le souhaitent, d'acheter et de vendre des produits provenant d'au moins trois autres fournisseurs concurrents différents (Brochure précitée). Mais cette limite n'empêche pas l'application de l'exemption, dès lors que le distributeur choisit de son plein gré de vendre des produits provenant d'un seul et unique fournisseur.

Les stipulations telles que celles précitées n'imposent pas au distributeur d'acquérir plus de 30% de ses achats totaux de biens ou services contractuels, et le laissent libre par conséquent de se procurer 70% de ses besoins de produits ou services substituables auprès d'autres fournisseurs.

Cependant, en prévoyant d'une part que le fournisseur fixe les objectifs de vente qui s'imposent au distributeur, d'autre part que ces objectifs constituent un élément substantiel du contrat, et qu'enfin le défaut de réalisation de ces objectifs permet au fournisseur de tirer toutes les conséquences qu'il jugera opportunes, ce qui sous-entend notamment la faculté de résilier le contrat, ces stipulations n'excluent pas que l'obligation de les respecter ne contraigne le distributeur à devoir acquérir plus de 30% de ses achats totaux auprès du même fournisseur.

Il pourrait en être ainsi en particulier si le fournisseur fixait des objectifs d'un niveau tel que le distributeur devrait affecter l'essentiel de ses ressources aux actions nécessaires pour les atteindre.

Bien qu'en elles - mêmes de telles stipulations soient conformes au règlement (CE) n°1400/2002, leur mise en œuvre peut avoir des effets contraires à ceux recherchés par ce règlement, dès lors que de facto elles sont de nature à contraindre le distributeur à acquérir plus de 30% de ses achats totaux auprès du même fournisseur.

Il est donc souhaitable que, dans la pratique, en considération du principe de loyauté, les fournisseurs, comme certains le font déjà, introduisent une stipulation dans leur contrat de distribution au terme de laquelle l'obligation imposée au distributeur d'acquérir les biens et services contractuels auprès d'eux – mêmes ne pourra être supérieure à 30% du volume total de ses achats.

-Stipulations précisant la sanction du défaut de réalisation des objectifs de vente :

En réservant au fournisseur la faculté de tirer du défaut de réalisation des objectifs de vente « toutes les conséquences qu'il jugera opportunes et de nature à lui assurer la pérennité et le développement de son activité sur le secteur considéré », de telles stipulations confèrent implicitement au fournisseur le droit de résilier le contrat lorsque les objectifs fixés ne sont pas atteints.

En elles – mêmes, ces stipulations ne sont pas incompatibles avec le règlement (CE) n°1400/2002.

En effet, le règlement n'empêche pas un fournisseur de résilier le contrat d'un distributeur qui n'a pas déployé ses meilleurs efforts pour atteindre les objectifs de vente fixés dans les conditions convenues par les parties.

Cependant, la résiliation du contrat ne peut intervenir si le distributeur n'a pas atteint les objectifs de vente fixés en raison de l'incapacité du fournisseur de lui livrer les véhicules commandés pour satisfaire la demande de la clientèle, y compris la demande de la clientèle située en dehors de sa zone géographique.

Comme l'observe la Commission CE à titre d'exemple, si un distributeur soumis à un objectif local de ventes de 200 véhicules vend localement 180 véhicules, et 40 autres à des clients hors zone géographique de référence, mais que son fournisseur est par la suite incapable de lui fournir le total de 240 véhicules nécessaires pour satisfaire tant l'objectif de vente « local » que les ventes « hors zone de référence », alors ledit fournisseur ne peut pas résilier le contrat de distribution pour inexécution de l'objectif local de ventes, puisque ceci équivaldrait à une restriction indirecte des ventes, mesure figurant sur la liste des restrictions caractérisées énoncée à l'article 4. &1 d) et e) du règlement (CE) n°1400/2002 (« Questions fréquemment posées relatives à l'exemption réglementaire, question n° 9 », Document complémentaire à la brochure explicative du règlement n°1400/2002 de la Commission CE du 31 juillet 2002 relatif au secteur automobile).

Plus généralement, lorsque des objectifs de vente ont été fixés pour une zone géographique donnée ou une catégorie de clientèle, la faculté de résiliation du contrat par le fournisseur pour défaut de réalisation des objectifs de vente ainsi fixés ne doit pas avoir indirectement pour objet ou pour effet la limitation du territoire de vente des distributeurs ou de la clientèle à laquelle ils peuvent vendre les biens ou les services contractuels conformément au règlement (CE) n°1400/2002.

Il y a donc lieu de considérer que des stipulations, telles que celles précitées, conférant au fournisseur le droit de résilier le contrat lorsque les objectifs de vente fixés ne sont pas atteints, devraient être tenues pour conformes au règlement (CE) n°1400/2002, sous réserve de ne pas avoir indirectement pour objet ou pour effet la limitation du territoire de vente des distributeurs ou de la clientèle à laquelle ils peuvent vendre les biens ou les services contractuels conformément au règlement (CE) n°1400/2002.

e)-Stipulations ayant pour objet la limitation du territoire de vente des distributeurs (5) :

Dans les systèmes de distribution sélective de véhicules automobiles , les distributeurs sont généralement amenés, de facto, à développer leur activité par priorité dans les zones de leur installation, sans pour autant que leur activité ne soit cantonnée à l'intérieur de ces zones.

Certains contrats de distribution sélective quantitative et qualitative contiennent néanmoins des stipulations tendant à contrôler le développement de l'activité des distributeurs à l'extérieur de leur zone d'installation.

Tel est le cas des stipulations précisant que le distributeur s'attachera à développer son activité essentiellement sur le département dans lequel il est implanté, qu'il « pourra le cas échéant développer son activité dans tel ou tel département limitrophe » dans lequel il n'existerait pas d'autres distributeur de la marque, sans que cela ne constitue un droit acquis, et que le fournisseur se réserve la faculté de mettre fin à tout moment à l'activité du distributeur sur un département limitrophe, en y nommant un autre distributeur.

Aux termes de l'article 4. &1 b) du règlement (CE) n°1400/2002, l'exemption d'interdiction de l'article 81/1 CE ne s'applique pas aux accords verticaux contenant une clause ayant pour objet 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, sauf exceptions expressément prévues par ce même article (art. 4. &1 b, i, ii, iii, iv).

Selon l'article précédent, toute limitation directe ou indirecte du territoire de vente des distributeurs est en principe une « restriction caractérisée ».

Dans un système de distribution sélective de véhicules automobiles, une limitation du territoire de vente des distributeurs est dangereuse pour la concurrence puisqu'elle peut conduire indirectement à une répartition territoriale du marché incompatible avec la distribution sélective. Elle aboutit de surcroît au cumul de la distribution sélective et de la distribution exclusive interdit par le règlement (CE) n°1400/2002.

Les distributeurs doivent donc être libres de vendre tant activement que passivement à tout utilisateur final résidant dans une région de l'Union européenne où la distribution sélective est pratiquée (art. 45.1 d), Brochure explicative du règlement n°1400/2002 de la Commission CE du 31 juillet 2002 relatif au secteur automobile, p.51) .

Les stipulations telles que celles précitées limitent le territoire de vente du distributeur en conditionnant la faculté du distributeur de vendre les produits contractuels dans tout département limitrophe de celui de son implantation, à l'absence d'installation dans ce département d'un distributeur du réseau.

Ces stipulations constituent une restriction caractérisée visée par l'article 4. &1 b) du règlement (CE) n°1400/2002 et ne correspondent à aucune des exceptions énoncées à l'article 4. &1 b, i, ii, iii, iv, au principe suivant lequel l'exemption d'interdiction de l'article 81/1 CE n'est pas applicable aux limitations du territoire de vente des distributeurs.

De telles stipulations, conditionnant la faculté du distributeur de vendre les produits contractuels dans tout département limitrophe de celui de son implantation à l'absence d'installation dans ce département d'un distributeur du réseau devraient être tenues pour non conformes au règlement (CE) n°1400/2002.

f)-Stipulations ayant pour objet le contrôle des livraisons croisées entre membres du réseau (6) :

Les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative prévoient parfois que le distributeur n'est pas en droit de fournir des membres du réseau en marchandises sous contrat sans l'accord du fournisseur.

Selon l'article 4. &1 c) du règlement (CE) n°1400/2002, l'exemption d'interdiction de l'article 81/1 CE ne s'applique pas aux accords verticaux contenant une clause ayant pour objet la restriction des livraisons croisées entre les distributeurs ou les réparateurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective.

Cette « restriction caractérisée » vise à figer la concurrence intra-marque en entravant les flux à l'intérieur du système de distribution sélective. Elle n'est pas justifiée par ce système qui repose sur la sélection de ses membres et dans lequel seule compte l'étanchéité du réseau. En effet, aucune justification inhérente au système ne permet de restreindre les approvisionnements entre membres et de contraindre les distributeurs à s'approvisionner exclusivement auprès du fournisseur désigné.

Les membres du réseau doivent avoir la liberté de s'approvisionner mutuellement, sans que l'exercice de cette liberté ne puisse dépendre de l'accord du fournisseur.

Des stipulations selon lesquelles le distributeur n'est pas en droit de fournir des membres du réseau en marchandises sous contrat sans l'accord du fournisseur devraient être tenues pour non conformes au règlement (CE) n°1400/2002.

g)-Stipulations relatives à la modification du capital ou des dirigeants de la société de distribution (7):

Les fournisseurs dans les systèmes de distribution sélective de véhicules automobiles ont le droit de sélectionner les distributeurs du réseau de distribution sur la base de critères définis (art. 1^{er} &1 f) du règlement (CE) n°1400/2002).

Aussi doivent - ils pouvoir contrôler la cession à un tiers étranger au réseau des droits et obligations qu'un distributeur membre du réseau tient du contrat, voire même s'y opposer en vertu des critères de sélection définis.

En revanche, les fournisseurs ne peuvent s'opposer à la cession de ces droits et obligations entre distributeurs membres du réseau.

Bien plus, pour bénéficier de l'exemption, le règlement impose à ces contrats de prévoir que le fournisseur accepte la cession des droits et des obligations découlant du contrat, à un autre distributeur à l'intérieur du système de distribution, et choisi par l'ancien distributeur (art. 3. &3).

En imposant cette obligation, le règlement tempère l'intuitu personae dans le cas de cession de ces droits et obligations à l'intérieur du réseau.

Mais cette obligation n'affecte pas la liberté du fournisseur de contrôler les cessions de majorité ou les changements de direction à l'intérieur d'une société de distribution membre du réseau, et comme telle sélectionnée en l'état d'une majorité et d'une direction déterminée, au profit de tiers étrangers au réseau et non préalablement sélectionnés par lui-même.

Supprimer cette liberté serait contraire à l'essence même de la distribution sélective dans la mesure où ce mode de distribution n'interdit pas au fournisseur de fonder la sélection de ses distributeurs notamment sur le principe de l'intuitu personae.

En conséquence, l'obligation posée à l'article 3. &3 du règlement (CE) n°1400/2002 ne paraît pas s'opposer aux stipulations d'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles prévoyant que tout changement de majorité dans le capital de la société de distribution, ou tout changement de dirigeants effectifs, entraînera sa résiliation s'il n'est pas préalablement agréé par le fournisseur, sauf si les nouveaux majoritaires ou dirigeants participaient déjà à une société de distribution membre du réseau au jour des opérations susvisées.

De telles stipulations ne permettent pas au fournisseur de s'opposer à la cession des droits et des obligations découlant du contrat à un autre distributeur à l'intérieur du système de distribution et choisi par l'ancien distributeur.

Elles donnent seulement au fournisseur le pouvoir de s'opposer à une cession de majorité ou à un changement de dirigeants au profit de tiers étrangers au réseau et donc non préalablement agréés par lui-même, opérations que le fournisseur est en droit de contrôler au regard de l'article 3. &3 du règlement.

Pareilles stipulations devraient donc être tenues pour conformes au règlement (CE) n°1400/2002.

h)-Stipulations relatives au recours à un expert indépendant (8):

Les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles dont les parties souhaitent se prévaloir du règlement (CE) n°1400/2002 contiennent obligatoirement des stipulations relatives à un expert indépendant.

En effet, pour bénéficier de l'exemption réglementaire, de tels contrats doivent prévoir 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 (art. 3. &6).

Les stipulations définissant les modalités de désignation de l'expert ne répondent pas toujours à l'exigence d'indépendance de l'expert imposée par le règlement.

Afin de garantir l'indépendance de l'expert, si les parties ne sont pas d'accord sur son choix, le contrat doit instaurer un mode de désignation indépendant de la volonté unilatérale des parties.

La Commission CE estime en effet qu'« aucune des parties ne peut désigner unilatéralement l'expert... », et qu'« en cas de désaccord, les parties doivent appliquer les procédures de nomination qui sont normalement employées dans de telles situations, par exemple la nomination par le président d'un tribunal ou par le président d'une chambre de commerce et d'industrie » (Brochure explicative du règlement n°1400/2002 de la Commission CE du 31 juillet 2002 relatif au secteur automobile, p.61) .

Aussi, la Commission CE conseille –t – elle aux parties « de préciser dans l'accord vertical le type de procédure de nomination qu'elles souhaitent employer le cas échéant » (Brochure explicative, idem).

Ne devraient donc pas être tenues pour conformes au règlement (CE) n°1400/2002 les stipulations parfois prévues dans les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles, précisant que si les parties n'ont pas abouti à un accord sur l'identité d'un expert indépendant dans un certain délai, celui-ci sera choisi par tirage au sort parmi ceux figurant sur une liste de plusieurs cabinets d'experts établie par le fournisseur.

Cette conclusion paraît s'imposer puisque l'indépendance des experts n'est pas garantie, dès lors qu'ils peuvent être choisis, même par tirage au sort, sur une liste d'experts dressée unilatéralement par le fournisseur.

C- Observations relatives aux conséquences attachées au défaut d'exemption des contrats de distribution sélective quantitative et qualitative relevant de l'interdiction de l'article 81/1 CE :

Pour conclure l'étude de la conformité des stipulations précédentes au règlement (CE) n°1400/2002, il sera rappelé qu'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative qui serait visé par l'interdiction de l'article 81/1 CE ne pourrait être exempté de cette interdiction en vertu du règlement, dès lors que ce contrat ne contiendrait pas une stipulation obligatoire au sens de l'article 3. &3 de ce règlement, ou qu'une seule de ses stipulations constituerait une « restriction caractérisée » au sens de son article 4.

Inversement, si au terme d'un bilan concurrentiel global, un tel contrat se révélait conforme aux quatre conditions cumulatives de l'article 81/3 CE, il serait de plein droit exempté de l'interdiction de l'article 81/1 CE.

Dans le cas contraire, il pourrait en découler plusieurs conséquences définies par le droit communautaire et par le droit national.

-Au regard du droit communautaire, le fournisseur s'exposerait aux sanctions pécuniaires prévues par l'article 23 du 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 (JOCE n° L 1/1, 4/1/2003).

En outre, les stipulations interdites par l'article 81/1 CE seraient frappées d'une nullité de plein droit en application de l'article 81/2 CE.

Il résulte d'une jurisprudence constante que cette nullité s'impose au juge dès que les conditions d'application de l'article 81/1 CE sont réunies, et que les stipulations concernées ne peuvent justifier l'octroi d'une exemption au titre de l'article 81/3 CE. La nullité visée à l'article 81/2 CE ayant un caractère absolu, des stipulations nulles en vertu de cette disposition n'ont pas d'effet dans les rapports entre les contractants et ne sont pas opposables aux tiers. De plus cette nullité est susceptible d'affecter tous les effets passés ou futurs des stipulations concernées. Enfin l'article 81/1 CE produisant des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendrant des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder, toute personne est en droit de se prévaloir en justice de la violation dudit article 81/1 CE et, partant, de faire valoir la nullité des stipulations concernées (CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, Vincenzo Manfredi e.a. c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa e.a.).

-Relèverait du droit national la définition de la portée et des conséquences de l'interdiction, ainsi que de la nullité de ces stipulations sur les autres éléments du contrat de distribution et sur d'autres obligations qui en découlent (CJCE, 30 nov. 2006, aff. jointes C-376/05 et C-377/05, A. Brünsteiner GmbH, Autohaus Hilgert GmbH c/ Bayerische Motorenwerke AG, BMW).

À cet égard, il doit être souligné qu'il n'est en rien contraire au droit communautaire, que l'interdiction des stipulations d'un contrat de distribution entraîne, selon le droit national, la caducité de l'intégralité du contrat qui les contient, dès lors qu'il s'agit de stipulations constitutives de « restrictions caractérisées » faisant obstacle au bénéfice du règlement (CE) n°1400/2002, et comptant parmi les restrictions de concurrence les plus graves du secteur (CJCE, 30 nov. 2006, aff. jointes C-376/05 et C-377/05 précitées, point 50 de l'arrêt).

-Relèveraient également du droit national les actions qui pourraient être exercées par toute personne en réparation des dommages causés par des stipulations interdites par l'article 81/1 CE, et ce, conformément à une jurisprudence communautaire constante, dès lors que serait établi un lien de causalité entre ces stipulations et ces dommages (CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295/04 à C-298/04 , précité).

Pourraient exercer de telles actions non seulement les tiers, mais également, dans certaines conditions, une partie au contrat de distribution contenant les stipulations anticoncurrentielles interdites par l'article 81/1 CE, par exemple un distributeur dans le cadre d'un réseau de contrats de distribution sélective de véhicules automobiles.

Il est vrai que dans la plupart des systèmes juridiques des États membres, un contractant ne peut profiter de son propre comportement illicite dans le cadre d'une action en justice. Cependant, une juridiction nationale saisie par un distributeur, d'une action en réparation du dommage causé par une ou plusieurs stipulations contractuelles, ne saurait ignorer le contexte économique et juridique dans lequel sont placées les parties, ni leur pouvoir de négociation et leur comportement respectifs. Selon la Cour des CE, cette juridiction devrait examiner

si la partie prétendant avoir subi un dommage en raison de stipulations restrictives de concurrence préalablement acceptées par elle - même, se trouvait dans une position d'infériorité caractérisée par rapport à l'autre partie. Dans l'affirmative, il se pourrait qu'aient été sérieusement compromises, voire inexistantes la liberté de la partie en position d'infériorité de négocier les stipulations concernées, ainsi que sa capacité d'éviter le préjudice, ou d'en limiter la portée, notamment par l'utilisation en temps utile de toutes les voies de droit qui étaient à sa disposition (CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage Ltd et Bernard Crehan).

Le distributeur pourrait alors ne pas porter une responsabilité significative dans la violation de l'article 81/1 CE, en particulier si les termes du contrat, en fait, lui avaient été imposés par le fournisseur titulaire du réseau de distribution : dans un tel cas, une action en dommages – intérêts du distributeur contre le fournisseur serait légitime.

Cette conclusion s'impose dans tous les États membres.

Il en est ainsi puisque l'article 81/1 CE s'oppose à toute disposition de droit national qui interdirait à une partie à un contrat susceptible de restreindre la concurrence au sens de cet article, de demander des dommages – intérêts en réparation d'un préjudice occasionné par l'exécution dudit contrat, au seul motif que l'auteur de la demande est partie à celui - ci (CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, Courage Ltd et Bernard Crehan).

Contrats de distribution sélective quantitative et qualitative, conformité à l'article L 442-6-I du code de commerce des stipulations ayant pour objet :

-la fixation des objectifs de vente (4) -la modification unilatérale des critères d'appartenance au réseau de distribution (9) -la modification unilatérale des conditions de paiement et de l'encours consentis aux distributeurs (10) -la modification unilatérale des prix de vente aux distributeurs (11).

La présente étude a déjà examiné la conformité au règlement (CE) n°1400/2002 des stipulations (4) relatives à la fixation des objectifs de vente prévues dans certains contrats de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles. Ces stipulations peuvent cumulativement faire l'objet d'un examen de conformité au droit national, comme les stipulations (9), (10) et (11), sous réserve que cet examen respecte les principes régissant l'articulation du droit communautaire et du droit national.

A-Principes régissant l'articulation du droit communautaire et du droit national.

-De la primauté du droit communautaire sur le droit des États membres.

En raison de la primauté du droit communautaire sur le droit des États membres et de l'impératif d'une application uniforme du droit communautaire de la concurrence dans l'ensemble de la CE (CJCE, Wilhelm / Bundeskartellamt, 13 févr. 1969, aff. C-14/68), le droit national de la concurrence d'un État membre ne saurait mettre en cause le « statut communautaire » des stipulations d'un contrat relevant de l'article 81 CE (CJCE, Metro SB-Grossmärkte GmbH & KG / Cartier SA, 13 janv. 1994, aff. C-376/92 ; CJCE, Masterfoods Ltd et HB Ice Cream Ltd, 14 déc. 2000, aff. C-344/98).

D'une part, il ne saurait interdire les stipulations d'un contrat qui, tout en relevant de l'article 81/1 CE parce qu'il est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, n'est pas interdit par ce texte, car il n'a pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de celui –ci (art. 3. 2 al. 1^{er} du 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, JOCE n° L 1/1, 4/1/2003).

D'autre part, il ne saurait affecter la validité des stipulations qui conditionnent la conformité d'un tel contrat avec le règlement (CE) n°1400/2002, ni valider des stipulations interdites par ce règlement.

-De l'application du droit national aux stipulations non régies par l'article 81 CE.

Mais le droit national est applicable aux stipulations des contrats de distribution exemptés de l'interdiction de l'article 81/1 CE en vertu de ce règlement, dès lors que ces stipulations ne sont pas régies par celui-ci, notamment parce qu'elles ne conditionnent pas l'exemption des contrats considérés, ou qu'elles sont détachables des clauses obligatoires imposées par le règlement.

Le règlement (CE) n°1400/2002 prescrit les règles d'ordre public que les contrats de distribution soumis à l'interdiction de l'article 81/1 CE doivent respecter pour être exemptés de cette interdiction, et ne saurait valider les stipulations de ces contrats au seul motif qu'elles ne sont pas en contravention avec ces règles (dans ce sens, CJCE, Cabour SA et Nord Distribution Automobile SA / Arnor Soco SARL, 30 avr. 1998, aff. C-230/96), lesquelles stipulations peuvent alors relever du droit national.

-De l'application du droit national aux comportements unilatéraux non régis par l'article 81 CE.

Le droit national est en outre applicable aux comportements unilatéraux d'entreprises non régis par le droit communautaire, mais interdits par des lois nationales.

Il en est ainsi en vertu de l'article 3. &2 al. 2^{ème} du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil précité qui dispose : « Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise ».

Ce comportement unilatéral pourrait être notamment celui d'un fournisseur qui, dans le cadre d'un contrat de distribution sélective quantitative exempté de l'interdiction de l'article 81/1 CE en vertu du règlement (CE) n°1400/2002, se livrerait à des pratiques discriminatoires dans la sélection des distributeurs, ne relevant pas du règlement mais soumises au droit national.

En droit national de telles pratiques seraient susceptibles d'être interdites :

-soit par les dispositions de l'article L 442-6-I 1° du code de commerce relatives aux pratiques discriminatoires.

Cet article prohibe le fait « de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

-soit également par l'article L 442-6-I 2°b du code de commerce, si les pratiques concernées traduisaient un abus de la relation de dépendance dans laquelle le fournisseur tiendrait un distributeur.

Cet article interdit le fait « d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il (tout producteur, commerçant ou industriel) tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ».

-soit encore par l'article L 420-2 du code de commerce s'il s'agissait de pratiques constitutives d'un abus de position dominante ou d'un abus de l'état de dépendance économique d'un distributeur susceptible d'affecter le fonctionnement de la concurrence sur le marché.

Cet article prohibe « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci » et précise que ces abus peuvent notamment consister en conditions de vente discriminatoires.

En outre, cet article prohibe, « dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur ». Il précise également que ces abus peuvent notamment consister en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L 442-6 du code de commerce.

B-Examen de la conformité des stipulations (4), (9), (10) et (11) à l'article L 442-6-I du code de commerce.

a)-Stipulations ayant pour objet la fixation des objectifs de vente (4) :

La présente étude a précisé que des stipulations ayant pour objet la fixation des objectifs de vente, telles que celles déjà examinées, devraient être tenues pour conformes en elles – mêmes au règlement (CE) n°1400/2002.

Il devrait en être ainsi dans la mesure où elles ne figurent ni dans la liste des restrictions caractérisées de l'article 4, ni dans celle des clauses énumérées à l'article 5 que le règlement n'exempte pas de l'interdiction de l'article 81/1 CE..

La conformité de ces stipulations au règlement tient donc au fait qu'elles ne sont pas interdites, mais elle ne résulte pas d'une validation communautaire fondée sur le règlement, telle la conformité des stipulations énumérées à l'article 3 &3, &4, &5 et &6, dont la mention obligatoire dans les contrats de distribution constitue une condition positive de leur exemption réglementaire.

En vertu de cette conformité, les stipulations d'un contrat de distribution sélective quantitative et qualitative qui attribuent au fournisseur le pouvoir unilatéral de fixer les objectifs de vente du distributeur, et de résilier le contrat de distribution si ces objectifs ne sont pas atteints, ne bénéficient donc pas d'une validité communautaire qui les protégerait contre l'application des règles du droit national sur la base du principe de la primauté du droit communautaire sur le droit des États membres.

En d'autres termes, la conformité de ces stipulations au règlement (CE) n°1400/2002 n'exclut pas leur interdiction par le droit national.

Au regard du droit national, indépendamment de la question de leur conformité au droit des contrats, ces stipulations sont en elles – mêmes justifiées et légitimes, en particulier parce qu'en raison de sa position à la tête d'un réseau de distribution, le fournisseur possède une vision globale qui lui permet, dans de bonnes conditions, tant de prévoir l'évolution de la demande des produits considérés, et donc de déterminer des objectifs de vente adaptés, que de mettre un terme au contrat de distribution dans le cas de manquement effectif du distributeur à ses obligations en la matière.

Mais l'exercice du pouvoir unilatéral ainsi détenu par le fournisseur pourrait se trouver limité par les dispositions de l'article L 442-6-I 1° et 2° b du code de commerce relatives respectivement aux pratiques discriminatoires et à l'abus d'une relation de dépendance.

D'une part, la fixation des objectifs de vente du distributeur ne devrait pas intervenir dans des conditions entraînant des discriminations injustifiées entre les distributeurs du réseau, de nature à créer un avantage ou un désavantage dans la concurrence au sens de l'article L 442-6-I 1° du code de commerce.

Dans chaque contrat de distribution, les objectifs de vente « se doivent d'être fixés de manière objective en fonction des performances concrètes réalisées par la marque considérée sur le territoire national ainsi qu'au regard des spécificités locales ... » (CA Paris, 15 juin 2005, 5^{ième} ch. sect. A, RG n° 03/15008).

Les dispositions de l'article L 442-6-I 1° du code de commerce ne devraient cependant pas faire obstacle à la possibilité d'objectifs de vente différenciés, par catégorie de distributeurs, en fonction notamment de leur taille, de leur situation géographique et de leur environnement social, économique et commercial.

D'autre part, la fixation par un fournisseur d'objectifs de vente excessivement élevés, imposés à un distributeur dans une relation de dépendance à son égard, pourrait s'analyser en une obligation injustifiée au sens de l'article L 442-I-6 2°b) du code de commerce, constitutive d'un abus de relation de dépendance condamné par ce texte.

Tel pourrait être le cas en particulier si le montant des objectifs fixés par le fournisseur était dépourvu de nécessité objective, ou si ce montant n'était pas proportionné aux nécessités objectives constatées.

La stipulation conférant au fournisseur le pouvoir de résilier le contrat de distribution si les objectifs de vente fixés par lui – même ne sont pas atteints étant accessoire à celle lui permettant de fixer unilatéralement ces objectifs appelle les mêmes observations.

b)-Stipulations ayant pour objet la modification unilatérale des critères d'appartenance au réseau de distribution (9) :

Les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles contiennent souvent des stipulations tendant à réserver au fournisseur le droit de modifier unilatéralement, au cours de l'exécution du contrat, les critères d'appartenance des distributeurs au réseau de distribution, pour lui permettre d'adapter son réseau à l'évolution du marché et de la concurrence.

Dans la mesure où elle constitue une clause de révision destinée à surmonter les inconvénients du rejet de la doctrine de l'imprévision dans le droit privé des contrats, pareilles stipulations sont pleinement justifiées et paraissent donc légitimes en elles-mêmes.

Cependant l'exercice du pouvoir unilatéral de modifier le contrat qu'elles confèrent ainsi au fournisseur pourrait relever des dispositions de l'article L 442-6-I 1° et 2° b du code de commerce relatives respectivement aux pratiques discriminatoires et à l'abus d'une relation de dépendance.

En premier lieu, la modification des critères d'appartenance au réseau de distribution ne devrait pas intervenir dans des conditions entraînant des discriminations injustifiées entre les distributeurs du réseau, de nature à créer un avantage ou un désavantage dans la concurrence au sens de l'article L 442-6-I 1°. Pour autant, ces dispositions ne devraient pas empêcher une modification différenciée de ces critères, par catégorie de distributeurs, en fonction notamment de leur taille, de leur situation géographique et de leur environnement social, économique et commercial.

En second lieu, si elle était imposée par un fournisseur à un distributeur dans une relation de dépendance à son égard, une modification des critères d'appartenance au réseau intervenant au cours de l'exécution du contrat pourrait, dans certaines circonstances, devenir une obligation injustifiée au sens de l'article L 442-I-6 2°b) du code de commerce, constitutive d'un abus de relation de dépendance prohibé par ce texte.

Il pourrait en être ainsi notamment si la modification de ces critères était décidée par le fabricant sans nécessité objective, ou si elle n'était pas proportionnée aux nécessités objectives constatées.

c)-Stipulations relatives à la modification unilatérale des conditions de paiement et de l'encours consentis au distributeur (10):

Les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles réservent couramment au fournisseur la liberté de modifier à tout moment les conditions de paiement et le montant de l'encours accordé au distributeur, sous réserve d'information préalable, mais sans avoir cependant à justifier d'un motif.

Comme les stipulations conférant au fournisseur le pouvoir de fixer les objectifs de vente, ou celui de modifier unilatéralement les critères d'appartenance au réseau de distribution, les stipulations lui réservant le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de paiement et l'encours consentis au distributeur sont légitimes en elles-mêmes.

Il en est ainsi puisqu'elles permettent au fournisseur d'adapter les conditions de paiement et l'encours consentis à chaque distributeur à l'évolution de sa situation particulière.

Toutefois, cette modification unilatérale pourrait néanmoins relever des dispositions de l'article L 442-6-I 1° du code de commerce si elle entraînait des discriminations injustifiées entre les distributeurs du réseau, de nature à créer un avantage ou un désavantage dans la concurrence au sens de ce texte.

Tel pourrait être le cas si le fabricant appliquait des conditions de paiement et d'encours différentes à des distributeurs dans des situations comparables.

De même, mise en oeuvre par un fournisseur à l'égard d'un distributeur dans une relation de dépendance à son égard, cette modification pourrait être abusive au sens de l'article L 442-6-I 2°b du code de commerce, notamment si elle avait pour objet de nouvelles conditions de paiement ou d'encours décidées sans nécessité objective, ou non proportionnées aux nécessités objectives constatées.

d)-Stipulations relatives à la modification unilatérale des prix de vente aux distributeurs (11):

Il n'est pas rare que les contrats de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles contiennent des stipulations donnant au fournisseur le pouvoir de modifier unilatéralement le prix des véhicules vendus aux distributeurs. Ce pouvoir est généralement présenté comme une exception à la règle contractuelle selon laquelle ces prix sont fixés dans le tarif en vigueur à la date de facturation.

De telles stipulations prévoient habituellement que les prix pourront être modifiés à tout moment sur simple décision du fournisseur, et que les nouveaux tarifs seront en principe applicables à toutes les mises à disposition de véhicules intervenant à compter de la date de signification des nouveaux tarifs portés à la connaissance du distributeur.

Bien que non contestables en elles – mêmes, ces stipulations pourraient relever des dispositions de l'article L 442-6-I 1° du code de commerce, si le fournisseur les utilisait pour pratiquer des prix de vente discriminatoires injustifiées entre distributeurs du même réseau, créant de ce fait entre eux des avantages ou des désavantages dans la concurrence, ces dispositions n'interdisant pas cependant le fournisseur de pratiquer une différenciation tarifaire justifiée par des critères objectifs.

Ces stipulations pourraient aussi être soumises aux dispositions de l'article L 442-6-I 2°b du code de commerce. Tel serait le cas si un fournisseur faisait une application abusive du pouvoir de modifier unilatéralement le prix de vente de ses véhicules à un distributeur situé dans une relation de dépendance à son égard, aboutissant à une majoration de prix non justifiée par une nécessité objective, ou non proportionnée aux nécessités objectives constatées.

Enfin, au - delà des dispositions précitées de l'article L 442-6 du code de commerce, le recours d'un fournisseur à des stipulations lui conférant le pouvoir de modifier unilatéralement le prix des véhicules vendus aux distributeurs pourrait se trouver limité par les règles sanctionnant l'abus dans la fixation du prix.

Il pourrait s'agir d'abord de la règle jurisprudentielle posée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans ses arrêts du 1^{er} décembre 1995, selon laquelle l'abus dans la fixation du prix peut donner lieu à résiliation du contrat ou à indemnisation.

Il pourrait s'agir également des règles édictées par l'article L 420-2 du code de commerce, d'où il ressort que la fixation de prix abusifs peut constituer, soit un abus de position dominante de la part d'une entreprise détenant une telle position, soit un abus, de la part d'un fournisseur, de l'état de dépendance économique dans lequel il tiendrait un distributeur.

La notion de prix abusif a été définie par la jurisprudence en matière d'abus de position dominante. De la part d'une entreprise détenant une telle position, « une tarification à un prix sans rapport raisonnable avec le coût de la prestation fournie (est) constitutive d'abus de position dominante » (Cass. com. 4 déc. 2001, n°99-16.642, France Télécom).

C- Observations conclusives.

De la présente étude, il ressort notamment que l'application du règlement (CE) n°1400/2002 aux contrats de distribution sélective quantitative et qualitative ne soustrait pas nécessairement toutes leurs stipulations aux règles du droit français de la concurrence, et en particulier aux règles de l'article L 442-6-I du code de commerce applicables aux pratiques restrictives.

Le respect de ces règles et la sécurité des relations contractuelles justifient donc que les stipulations de tout contrat de distribution sélective quantitative et qualitative de véhicules automobiles susceptible de relever de l'interdiction de l'article 81/1 CE fasse l'objet d'un examen de conformité au regard non seulement de ce règlement mais également des règles précédentes du droit national.

Me Max VAGUE

Juin 2007