

ONZIEME RENCONTRE INTERNATIONALE DU GERPISA ELEVENTH GERPISA INTERNATIONAL COLLOQUIUM

Les acteurs de l'entreprise à la recherche de nouveaux compromis ?
Construire le schéma d'analyse du GERPISA

Company Actors on the Look Out for New Compromises
Developing GERPISA's New Analytical Schema

11-13 Juin 2003 (*Ministère de la Recherche, Paris, France*)

QUELLE PLACE POUR LE DISTRIBUTEUR AUTOMOBILE AU LENDEMAIN DE L'ADOPTION DE NOUVELLES REGLES COMMUNAUTAIRES DE LA CONCURRENCE ?

Stéphanie CHANTRE

"Qui mieux que Renault peut entretenir votre Renault ?" – Qui n'a pas entendu cette publicité ? Ce slogan publicitaire – apparemment anodin – trahit les inquiétudes que le nouveau règlement communautaire relatif à la distribution automobile a fait naître dans le monde automobile : n'importe quel opérateur – bien que n'ayant pas été soumis aux critères posés par le constructeur - sera-t-il en mesure de réparer les véhicules de toutes les marques ?, le consommateur serait-il tenté d'être infidèle à la marque ?, etc. C'est toute la distribution automobile qui est en question, et en premier lieu le distributeur automobile : quelle sera sa place dans le nouveau cadre concurrentiel résultant du règlement communautaire 1400/2002 du 31 juillet 2002¹ (ci-après "le règlement 1400/2002") ?

Ce règlement fait suite à deux règlements communautaires ayant régi la distribution automobile jusqu'au 31 septembre 2002 : le règlement n°123/85 du 12 décembre 1984² (ci-après "le règlement 123/85") et le règlement du 28 juin 1995³ (ci-après "le règlement 1475/95"). Tous ces règlements ont été adoptés dans le cadre de la politique communautaire de la concurrence. Cela s'explique aisément : l'automobile étant un produit très particulier (car potentiellement dangereux et très onéreux à l'achat mais surtout à l'entretien), les constructeurs ont mis en place des réseaux de distribution spécifiques pour vendre (et éventuellement entretenir) les automobiles. Ces réseaux sont constitués de distributeurs privilégiés. A contrario, les distributeurs en dehors du réseau sont désavantagés. Dès lors un problème apparaît clairement au regard du droit de la concurrence : certains distributeurs se heurtent à des barrières à l'entrée du marché au motif qu'ils ne font pas partie d'un réseau établi par un constructeur. Les rapports privilégiés entre constructeurs et distributeurs du réseau dans le cadre des réseaux de distribution peuvent-ils échapper à la qualification

¹ 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 n°L-203 du 1^{er} août 2002, pp.30-41)

² Règlement (CEE) n°123/85 du 12 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de services de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (JOCE n°L-15 du 18 janvier 1985, pp.16-24)

³ Règlement (CE) n°1475/95 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 de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (JOCE n°L-145 du 29 juin 1995, pp.25-34)

d'ententes au sens de l'article 81, CE (ou L.420-1 du Code de commerce français, ci-après : C.com.) ? Les autorités communautaires de la concurrence ont répondu positivement à cette question et – la quasi totalité des accords de distribution automobile étant conçus sur le même modèle – la Commission a opté pour la méthode du règlement d'exemption par catégorie spécifique à ce secteur. Ainsi, les opérateurs économiques entrant dans le champ d'application du règlement d'exemption applicable (depuis le 1^{er} octobre 2002 : le règlement 1400/2002) étaient dispensés de notifier leurs accords à la Commission.

Il faut d'ores et déjà souligner qu'aucun des règlements d'exemption sus-cités n'exempte de façon automatique les accords de distribution automobile. Pour qu'un accord de distribution automobile soit exempté, il doit remplir certaines conditions posées par les règlements d'exemption successifs⁴. Inversement, ce n'est pas parce qu'un accord de distribution automobile ne répond pas aux exigences des règlements successifs qu'il tombe nécessairement sous le coup de l'article 81, §1 et qu'il est nul de plein droit (article 81, §2). Les parties à un accord de distribution automobile conservent bien évidemment la possibilité de notifier leur accord à la Commission afin d'obtenir une exemption individuelle. C'est même la seule solution dont dispose les parties si leur accord n'a pas pour objet des "véhicules automobiles" au sens des règlements d'exemption, c'est-à-dire si leur accord n'a pas pour objet des véhicules automobiles neufs⁵ à trois roues ou plus destinés à être utilisés sur la voie publique. Il résulte de cette définition que accords concernant des véhicules d'occasion, des tracteurs⁶, des engins de chantier⁷ ou des deux (2) roues ne pourront bénéficier de l'exemption par catégorie car les premiers ne sont pas neufs, les deuxièmes ne sont pas destinés à être utilisés sur la voie publique et les troisièmes ont moins de trois (3) roues. En revanche, les accords de distribution de véhicules particuliers⁸, véhicules utilitaires légers⁹, camions, bus peuvent être couverts par le règlement d'exemption.

La définition étroite du champ d'application des règlements d'exemption par catégorie successifs régissant la distribution automobile conduit à la question suivante : pourquoi avoir maintenu un règlement spécifique à ce secteur alors qu'il existe depuis 1999 un règlement d'exemption par catégorie applicable à toutes les restrictions verticales ? Peut-être peut-on expliquer la persistance d'une réglementation spécifique par le fait que la distribution automobile pose un problème que la Commission n'a pour l'instant pas réussi à résoudre : les importantes différences de prix entre Etats membres. Cela prouve qu'il n'existe pas encore de

⁴ Soulignons qu'il est assez aisément de se conformer aux dispositions des règlements d'exemption par catégorie du secteur automobile (et notamment au règlement 1475/95) dans la mesure où ils ont une spécificité par rapport aux autres règlements d'exemption par catégorie : ce sont quasiment des contrat-types. Cela a l'inconvénient de faire déborder le règlement d'exemption de sa mission originelle : le texte est parfois très rigide et l'objectif de concurrence se trouve parfois sacrifié au profit de la protection de la partie faible, à savoir le distributeur.

⁵ Cette précision a été apportée par le règlement 1475/95. Aussi étonnant que cela puisse paraître, l'adjectif "neuf" a à nouveau disparu de la définition donnée par le règlement 1400/2002 (art.1^{er}, §1, sous n). Cela ne signifie probablement pas pour autant que les véhicules d'occasion soient inclus dans le nouveau règlement.

⁶ Toutefois, sous l'empire du règlement 123/85, les tracteurs agricoles et les tracteurs-remorques étaient considérés comme des véhicules. Mais la Commission a tenté d'infléchir l'interprétation littérale du règlement par le biais d'un communiqué de presse du 16 novembre 1990 (IP(90)917) en déclarant que les tracteurs et machines agricoles étaient exclus du champ d'application du règlement.

⁷ Cf. Déc. Comm., 21 décembre 2000, JCB, aff.COMP.F.1/35.918 (JOCE n°L-69 du 12 mars 2002)

⁸ Défini comme étant "*un véhicule automobile destiné au transport de personnes et ne comprenant pas plus de huit sièges, outre celui du conducteur*" (art.1^{er}, §1, sous o) du règlement 1400/2002)

⁹ Défini comme étant "*un véhicule automobile destiné au transport de marchandises ou de personnes dont le poids maximal ne dépasse pas 3,5 tonnes si un véhicule utilitaire léger est également distribué dans une version dont le poids maximal dépasse 3,5 tonnes, toutes les versions de ce véhicule sont considérées comme des véhicules utilitaires légers*" (art.1^{er}, §1, sous p) du règlement 1400/2002)

marché commun de l'automobile et cette particularité peut éventuellement justifier des dispositions spécifiques pour la résorber, avant de songer à faire tomber la distribution automobile dans le régime commun des restrictions verticales. Le fait que la distribution automobile soit encore (mais pour combien de temps ?) régie par un règlement spécifique implique-t-il l'existence d'un modèle unique pour la distribution automobile ? Si la réponse était clairement positive avant le règlement 1400/2002, elle doit être – tout au moins en théorie – plus nuancée sous l'empire du règlement 1400/2002. Ce constat nuancé résulte de l'analyse de l'influence du règlement 1400/2002 d'une part sur la relation entre le distributeur automobile et le constructeur automobile (I) et d'autre part sur la relation entre le distributeur automobile et le consommateur (II).

LE DISTRIBUTEUR DANS SA RELATION AVEC LE CONSTRUCTEUR

Le règlement 1400/2002 modifie tant la nature de la relation entre le constructeur et le distributeur (A) que l'équilibre entre les parties à cette relation (B).

A. La nature de la relation modifiée

Pour bien comprendre en quoi la nature de la relation entre constructeur et distributeur est modifiée par le règlement 1400/2002 (2), il faut commencer par rappeler ce qu'est traditionnellement la relation entre ces deux acteurs économiques (1).

1) *La nature traditionnelle de la relation*

Traditionnellement, la distribution automobile repose sur une combinaison de l'exclusivité et de la sélectivité.

L'on peut caractériser - de façon un peu simpliste – la distribution exclusive par l'attribution d'une zone de vente protégée au distributeur par le constructeur. Cela signifie que ce dernier s'engage à ne livrer de produits contractuels qu'au distributeur désigné sur le territoire déterminé. Ainsi, le distributeur est-il assuré de ne pas avoir de concurrents directs dans la zone qui lui a été allouée. Il arrive parfois que l'exclusivité soit réciproque, c'est-à-dire que l'obligation du constructeur de ne fournir qu'au distributeur désigné dans la zone qui lui a été allouée se combine avec l'obligation du distributeur de ne s'approvisionner qu'auprès du constructeur en question. Une telle exclusivité ne peut toutefois être que relative, la protection territoriale absolue étant en effet interdite.

Outre cette notion phare de zone de vente protégée, deux autres notions peuvent être utilisées pour caractériser la distribution exclusive :

- ✓ l'absence de fermeture du réseau : elle découle du fait que le distributeur est libre de vendre les produits contractuels à qui il veut : le constructeur ne peut pas déterminer à qui les distributeurs de son réseau seront autorisés à vendre les produits contractuels
- ✓ la subjectivité : elle provient du fait que le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, sans avoir à motiver sa décision et sans avoir à communiquer les critères sur lesquels il se fonde pour opérer son choix. Ainsi, le concédant peut choisir discrétionnairement et de façon tout à fait subjective entre plusieurs candidats au statut de concessionnaire.

L'exclusivité n'est qu'un aspect de la distribution automobile traditionnelle ; il faut y ajouter la sélectivité. La distribution sélective est une méthode de commercialisation par laquelle le fournisseur réserve la vente de ses produits à une catégorie limitée de distributeurs qu'il sélectionne selon des critères objectifs préalablement fixés¹⁰. La distribution sélective peut être caractérisée par trois principaux éléments :

- ✓ la fermeture du réseau : le fournisseur (en l'espèce le constructeur) peut définir à qui ses distributeurs pourront revendre les produits contractuels ; c'est la clef de voûte des systèmes de distribution sélective. Appliquée au secteur automobile, cela signifie que les concessionnaires sont obligés de vendre les produits contractuels à des consommateurs finals ou à d'autres membres du réseau. En revanche, ils peuvent refuser de les vendre à des revendeurs indépendants (sous réserve du cas du mandataire automobile comme on le verra plus bas)
- ✓ l'imposition de standards : le constructeur peut imposer à ses distributeurs de se conformer à des standards¹¹, lesquels peuvent concerner par exemple l'espace de distribution, la décoration, la tenue vestimentaire du personnel, l'éclairage, etc.
- ✓ l'absence de zone de vente protégée : le constructeur ne peut pas diviser le marché et octroyer une zone géographique déterminée à chacun de ses distributeurs. Par conséquent, un distributeur ne peut rien faire si un autre distributeur agréé par le constructeur s'implante dans la même rue que lui.

Jusqu'à présent, la distribution automobile a présenté la particularité de ne pas choisir entre les deux types de distribution que l'on vient de présenter brièvement : elle les cumule. Aucun autre secteur économique ne présente une telle curiosité.

Historiquement, le cumul de l'exclusivité et de la sélectivité s'explique par des impératifs économiques. Il faut en effet garder à l'esprit que la distribution automobile a été sculptée par la nécessité économique¹². Tant que l'automobile était un article de luxe fabriqué en toute petite série, le client pouvait s'adresser directement à l'usine. Mais, dès lors que l'automobile est devenue un bien de consommation courante, il est devenu évident que les acheteurs ne pouvaient pas se rendre à l'usine pour commander le véhicule de leur choix. C'est ainsi qu'un intermédiaire s'est imposé entre le fabricant et le consommateur. Mais qui serait cet intermédiaire ? Il devait répondre à deux exigences économiques. D'une part, il fallait que le constructeur puisse garder un certain contrôle sur lui, notamment afin de contrôler son image de marque. Pour cela, il fallait que le constructeur choisisse les intermédiaires afin de s'assurer qu'ils seraient en mesure de maintenir cette image de marque. Ici apparaît la composante sélective de la distribution automobile. D'autre part, il fallait que l'intermédiaire assure les investissements nécessaires à l'établissement de magasins et ateliers. Puisqu'il fallait permettre à tout consommateur d'avoir accès aisément à des points de vente, ateliers de réparation... non loin de chez lui, le constructeur ne pouvait prendre en charge

¹⁰ La chambre criminelle de la Cour de cassation française a défini en 1982 le contrat de distribution sélective comme étant un contrat "par lequel le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination quantitative injustifiée, et par lequel le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents" (Cass., crim., 3 novembre 1982 (D.1983, IR 211, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS de LEYSSAC))

¹¹ A ne pas confondre avec les critères de sélection.

¹² Pour de plus amples développements sur la question : cf. " La méthode de distribution par concessionnaires et son application dans l'industrie automobile ", Thèse présentée par Jörg WAGNER, Université de Genève, 1967 (et plus particulièrement la quatrième partie : " Avantages économiques de la distribution par concessionnaires ", pp.147-169)

financièrement l'intégralité du réseau. L'effort financier requis de l'intermédiaire était tel qu'il fallait le contrebalancer. C'est ce que le constructeur a fait en octroyant à chacun de ses intermédiaires une zone de vente protégée qui ne peut être ni retirée ni modifiée en cours d'exécution du contrat¹³. Grâce à cette exclusivité territoriale, l'intermédiaire était assuré d'un chiffre d'affaires minimum qui lui permettait d'assumer le coût de ses investissements. Apparaît alors la composante exclusive de la distribution automobile. L'intermédiaire recherché fut trouvé en la personne du "concessionnaire" qui est une entité juridique distincte du constructeur. Le "concessionnaire" peut – pour assurer une meilleure couverture géographique – appointer des "agents", concept spécifiquement français.

Cette forme de distribution particulière couplant distribution sélective et distribution exclusive a été acceptée par la Commission dans sa décision BMW de 1974¹⁴. C'est elle qui – par la suite – a servi de modèle aux règlements d'exemption 123/85 et 1475/95¹⁵.

Comme on vient de le voir, le cumul sélectivité / exclusivité apparaissait économiquement adapté à la distribution automobile à l'origine. Mais l'est-il encore ? Le cumul est resté incontesté jusqu'à la fin des années 90. Un tel couplage présente clairement des avantages : les deux systèmes de distribution se complètent ainsi que l'atteste le tableau ci-dessous :

	Fermeture des ventes du réseau	Imposition de standards	Allocation de territoires
Distribution exclusive	NON	NON	OUI
Distribution sélective	OUI	OUI	NON

Il découle de la combinaison des deux systèmes de distribution que le constructeur peut par exemple fermer les ventes de son réseau en restreignant les catégories de personnes à qui ses distributeurs peuvent vendre des produits contractuels, tout en divisant le marché en territoires de ventes exclusifs.

Outre l'intérêt souligné ci-dessus pour le constructeur, la concession permet à ce dernier de prévoir l'importance de sa construction sur la base des commandes des concessionnaires sans supporter les aléas de la mode, à laquelle les consommateurs ne sont pas insensibles et qu'ils répercutent dans leur demande. Ce lien entre exclusivité et sélectivité permettait ainsi au secteur automobile "d'avoir le beurre et l'argent du beurre". Autre preuve de l'intérêt d'un tel cumul : tant les Etats-Unis que le Japon le pratiquent.

Outre les avantages procurés au réseau d'un point de vue interne, le lien entre exclusivité et sélectivité est susceptible de présenter des avantages pour la concurrence en général, et plus précisément pour la concurrence interbrand (c'est-à-dire la concurrence entre les différents réseaux). En effet, l'exclusivité renforce la rivalité entre marques : sur un territoire donné, les produits d'une marque ne seront distribués que par le distributeur apposé

¹³ Cf. art.6, §1, sous 5) du règlement 1475/95

¹⁴ Décision BMW, 13 décembre 1974, n°IV/14650 (JOCE n°L-29 du 3 février 1975, p.1)

¹⁵ Cf. article 1^{er} de chacun des règlements d'exemption : "... l'article 85 paragraphe 1 est déclaré inapplicable, dans les conditions fixées par le présent règlement, aux accords [...] dans lesquels une partie à l'accord s'engage vis-à-vis de l'autre à ne livrer, à l'intérieur d'une partie définie du marché commun :

1) que, à celle-ci ou

2) que, à celle-ci et à un nombre déterminé d'entreprises du réseau de distribution, ..."

Les expressions "à l'intérieur d'une partie définie du marché commun : 1) que, à celle-ci" et "que, à celle-ci et à un nombre déterminé d'entreprises du réseau de distribution" renvoient respectivement à la distribution exclusive et à la distribution sélective.

par le constructeur, à l'exclusion d'autres distributeurs. Par conséquent, dans la zone géographique en question, la concurrence ne se fera qu'entre produits de marques différentes : la concurrence interbrand en sort renforcée.

Mais si le lien sélectivité / exclusivité peut être bénéfique du point de vue de la concurrence interbrand, il n'en reste pas moins qu'il demeure potentiellement anticoncurrentiel à un double titre puisque chacun des deux systèmes cumulés est potentiellement restrictif de concurrence :

- ✓ la distribution exclusive peut conduire à un cloisonnement des marchés en raison de l'attribution à chacun des distributeurs exclusifs d'une zone de vente protégée. Ce risque est d'autant plus grand quand l'exclusivité est réciproque.
- ✓ la distribution selective repose par définition sur une sélection, laquelle nécessite d'éliminer certains distributeurs postulants et empêche par conséquent l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. Sélection et élimination de concurrents sont deux facettes d'un même phénomène.

C'est pourquoi le lien entre sélectivité et exclusivité n'a pas été épargné par les critiques.

Dans son rapport sur l'évaluation du règlement de 1995, la Commission s'est montrée très critique à l'égard de ce lien entre sélectivité et exclusivité qui - selon elle - bridait le progrès. C'est pourquoi, elle a fini par imposer – non sans mal¹⁶ – la scission du lien entre sélectivité et exclusivité dans le nouveau règlement 1400/2002.

2) *La nature de la relation depuis la réforme*

Le règlement 1400/2002 impose un choix entre sélectivité et exclusivité, sans cumul possible. En théorie, il n'y a aucune raison pour que les constructeurs optent pour la sélectivité plutôt que pour l'exclusivité. Toutefois, de nombreux éléments les incitent en pratique à orienter leur choix vers la sélectivité.

Le choix du constructeur pour l'un ou l'autre des systèmes de distribution ne peut être fait au hasard. Il doit avoir à l'esprit que – pour bénéficier de l'exemption prévue par le règlement 1400/2002 - sa part de marché ne devra pas dépasser certains seuils. Ceux-ci varient selon que le constructeur envisage d'adopter la sélectivité ou l'exclusivité. L'introduction de tels seuils constitue une nouveauté du règlement 1400/2002 par rapport aux deux règlements d'exemption précédents relatifs à la distribution automobile. Difficile de ne pas souligner ici la similarité avec le règlement d'exemption général de 1999 sur les restrictions verticales¹⁷. La philosophie du règlement 1400/2002 est incontestablement empreinte de celle du règlement de 1999¹⁸ : l'approche y est en effet beaucoup plus économique que dans les règlements 123/85 et 1475/95. Le recours à des seuils en est la preuve irréfutable.

¹⁶ La dissociation entre sélectivité et exclusivité a effectivement fait l'objet d'âpres débats. Par exemple, le CNPA y était farouchement opposé, comme le rappelle le Sénateur M. André Dulait dans sa question à M. le Ministre délégué chargé des affaires européennes (RÉP.min.n°29506, JO Sénat, 4 janvier 2001, p.22)

¹⁷ Cf. Annexe V – Comparaison du règlement de 1999 et du règlement 1400/2002

¹⁸ Une analyse comparative de l'avant projet de règlement publié en mars 2002 (JOCE C-67 du 16 mars 2002, p.2), de l'avant projet modifié et du texte définitif adopté le 17 juillet dernier fait clairement apparaître que le règlement de 1999 a été la source d'inspiration pour élaborer le règlement 1400/2002 : bon nombre de dispositions présentes dans l'avant projet et qui ont disparu dans le texte définitif étaient présentes dans le règlement d'exemption général de 1999.

Tandis que le règlement de 1999 prévoit un unique seuil de 30% de parts de marché, au-delà duquel les entreprises ne peuvent prétendre à l'exemption par catégorie (art.3 du Règlement de 1999), le règlement 1400/2002 prévoit quant à lui deux seuils :

- ✓ un seuil de 30% (comme le règlement d'exemption général de 1999) pour les véhicules non distribués dans des réseaux de distribution sélective, c'est-à-dire pour ceux distribués par des réseaux de distribution exclusive, ainsi que pour "les pièces de rechange pour véhicules automobiles ou les services de réparation et d'entretien" (art.3, §1, al.1)
- ✓ un seuil de 40% pour les véhicules distribués dans des réseaux de distribution sélective quantitative¹⁹ (art.3, §1, al.2). Le niveau plus élevé de ce seuil se justifie par le fait que le règlement 1400/2002 contient des règles plus strictes que le règlement de 1999. Il n'en reste pas moins que ce seuil de 40% reste une dérogation au seuil de 30%. Cela résulte de l'emploi de l'adverbe "toutefois" dans le règlement 1400/2002²⁰.

Reste que pour savoir si le seuil est ou non dépassé, il faut être en mesure de définir le marché pertinent (tant le marché de produits que le marché géographique). Or, cette définition est loin d'être évidente. Pourtant, elle sera cruciale chaque fois que l'exemption sera subordonnée au non dépassement d'un seuil, c'est-à-dire dans tous les cas sauf dans celui où le constructeur aura opté pour un système de distribution sélective qualitative. Plus le marché pertinent sera vaste, plus la part de marché sera faible et plus les risques de non application du règlement seront faibles. La difficulté en matière de distribution automobile provient du fait que l'article 3 du règlement 1400/2002 ne fournit aucune précision quant à la définition du marché. Les seuls textes dont on dispose pour l'instant à ce sujet (et auxquels la brochure explicative du 30 septembre 2002 renvoie²¹) sont des textes non contraignants : d'une part, la Communication de la Commission de 1997 sur la définition du marché en cause²² et d'autre part, les lignes directrices sur les accords verticaux de 1999²³, dont on peut penser qu'elles sont porteuses d'enseignements pour le règlement spécifique à la distribution automobile étant donné les similitudes entre les deux règlements. Comment la Commission prendra-t-elle en compte les spécificités de la distribution automobile pour définir le marché de produits et le marché géographique ?

- ✓ En ce qui concerne le marché de produits pertinent

La Communication de la Commission de 1997²⁴ retient comme critère de délimitation de ce marché la substituabilité. L'on peut penser que la Commission s'inspirera de sa pratique décisionnelle, et notamment de ses décisions DaimlerChrysler du 10 octobre 2001²⁵, Ford /

¹⁹ Le règlement 1400/2002 donne une définition de la distribution sélective quantitative et de la distribution sélective qualitative à l'article 1^{er}, §1, sous g) et h).

²⁰ Les projets étaient encore plus explicites à cet égard : "*En dérogation au paragraphe 1, ...*" (art.3, §2 du projet de mars 2002) ; "*Par dérogation au paragraphe 1, ...*" (art.3, §2 du projet modifié).

²¹ Cf. §6, p.70, s. (brochure disponible sur : http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector)

²² Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JOCE n°C-372 du 9 décembre 1997)

²³ Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2000/C 291/01 (JOCE n°C-291du 13 octobre 2000, pp.1-44)

²⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JOCE n°C-372 du 9 décembre 1997)

²⁵ Aff.COMP/36.246, non publiée ; Comm.presse n°IP/01/1394 ; " The fourth prohibition decision in the area of car distribution in four years : this time it's Mercedes' turn ", H. GAMBS et K. SCHUMM, Competition Policy Newsletter, février 2002, n°1

Mazda du 24 mai 1996²⁶ et BMW / Rover du 14 mars 1994²⁷ pour définir le marché de produits dans le secteur de la distribution automobile. L'idée directrice est que l'on ne peut pas raisonner sur un marché des voitures de tourisme dans leur ensemble qui inclurait toutes les voitures quelle que soit leur catégorie (voitures de ville, voitures de sport, voitures de luxe, etc.) : l'utilisateur ne considérera pas comme substituables une voiture de luxe et une petite voiture par exemple. Peut-être la classification marketing en segments deviendra-t-elle un instrument juridique afin de déterminer les marchés de produits²⁸.

Un autre facteur est à prendre en compte dans la définition du marché de produits en cause : la marque. L'attachement des consommateurs à une marque peut être beaucoup plus fort en matière de distribution automobile que dans d'autres secteurs de la distribution. La question est alors la suivante : un client de Renault par exemple considérera-t-il comme substituables un véhicule Renault et un véhicule Peugeot relevant d'un même segment ? Si la réponse est négative, une conclusion s'impose : le marché de produits est constitué de produits d'une seule marque. Une telle définition du marché de produits paraît parfaitement antinomique avec la notion même de marché. Pourtant, cela s'est déjà vu dans d'autres secteurs, notamment dans le secteur des médicaments. Mais d'une telle définition découle une absurdité : l'on sera nécessairement confronté à une position dominante et inévitablement à un dépassement des seuils permettant de bénéficier de l'exemption catégorielle. Dès lors, l'intérêt que présente la définition du marché est annihilé par la définition même du marché : c'est un non sens. Il n'est toutefois pas exclu qu'un constructeur cherche à contourner cette difficulté en créant des "sous-marques". A condition qu'il en ait les moyens financiers, il pourrait ainsi bénéficier de l'exemption car sa part de marché pour une "sous-marque" serait probablement inférieure aux seuils fixés par le règlement quand bien même le marché de produits serait limité à la marque. Ceci dit, l'hypothèse de définition d'un marché par des produits d'une seule marque paraît bien maigre pour les voitures autres que de luxe.

Un autre facteur peut entrer en ligne de compte dans la définition du marché de produits : la méthode de commercialisation du produit. C'est surtout vis-à-vis des nouveaux canaux de distribution (Internet ou grande distribution) que ce facteur pourrait avoir une importance dans la détermination du marché pertinent : les véhicules distribués par Internet (ou en grandes surfaces) ne constituerait-ils pas un marché distinct de celui des véhicules distribués par des concessionnaires ? Dans une telle hypothèse, le premier constructeur recourant à Internet (ou à la grande distribution) détiendrait inévitablement 100% de part de marché et ne pourrait donc bénéficier de l'exemption par catégorie ; il lui faudrait démontrer que son réseau de distribution en ligne satisfait aux critères de l'article 81, §3 afin de bénéficier d'une exemption individuelle. Une telle définition du marché n'inciterait pas les constructeurs à recourir aux nouvelles technologies. Toutefois, opter pour une autre position paraît délicat : le consommateur considérera-t-il qu'une voiture distribuée par Internet est

²⁶ aff.IV/M.741, JOCE n°C-179 du 22 juin 1996, p.3

²⁷ aff.IV/M.416, JOCE n°C-93 du 30 avril 1994, p.23

²⁸ La classification marketing distingue aujourd'hui sept (7) segments :

- segment A (appelé B1 en France) : citadines (par exemple : Twingo de Renault)
- segment B (appelé B2 en France) : les petites (par exemple : Clio de Renault)
- segment C (appelé M1 en France) : les moyennes / inférieures (par exemple : Mégane de Renault)
- segment D (appelé M2 en France) : les moyennes / supérieures (par exemple : Laguna de Renault)
- segment E (appelé H1 en France) : les haut de gamme (par exemple : Safrane de Renault)
- segment F (appelé H2 en France) : les voitures de luxe
- segment G : véhicules multi usage et voitures de sport (Ce segment est parfois subdivisé en d'autres catégories comprenant les segments voitures de sport de moyenne gamme, voitures de sport haut de gamme, voitures tout terrain, etc.)

substituable à une voiture offerte par un concessionnaire ? La réponse pourrait peu à peu devenir positive en raison de l'évolution des mentalités mais elle ne l'est probablement pas encore.

Les informations fournies par la Commission dans sa brochure explicative en ce qui concerne la définition du marché pertinente étant de peu d'aide, cette définition risque d'être problématique²⁹ (excepté dans le cas où le constructeur opte pour un système de distribution sélective qualitative auquel cas il n'est soumis à aucun seuil). La définition du marché géographique pourrait s'avérer légèrement moins complexe.

- ✓ En ce qui concerne le marché géographique pertinent

La Communication de la Commission de 1997³⁰ retient comme critère de délimitation de ce marché donc l'homogénéité des conditions de concurrence.

Le seul fait que la Commission déplore d'importants écarts de prix entre Etats membres – et ce depuis plusieurs décennies³¹ – plaide en faveur de l'existence de marchés géographiques nationaux en matière de distribution automobile : les conditions concurrentielles et matérielles de l'offre varient considérablement d'un Etat membre à l'autre. Cela est confirmé par les statistiques qui mettent en évidence des habitudes et des préférences nationales³².

Toutefois, le cas des voitures de luxe pourrait être appréhendé différemment. Peut-être pourrait-on considérer dans cette hypothèse que le marché géographique s'étend à l'ensemble du marché commun.

Aussi délicates soient-elles, les difficultés posées par la définition du marché ne peuvent être évitées : quel que soit le mode de distribution choisi, l'exemption catégorielle est subordonnée au respect de seuils, lesquels supposent la définition du marché. Il semble donc que rien, en théorie, ne puisse inciter les constructeurs à favoriser la distribution sélective au détriment de l'exclusivité. Mais peut-être n'en ira-t-il pas de même en pratique.

Les constructeurs semblent d'ores et déjà manifester une certaine préférence pour la sélectivité, à l'exception de Suzuki qui a choisi l'exclusivité³³. Cela peut s'expliquer par trois principaux arguments :

- ✓ l'existence de différences de seuils selon les types de distribution nous inciterait à penser que les constructeurs préféreront la distribution sélective. En effet :
- ✓ la distribution sélective qualitative est exemptée quelle que soit la part de marché du constructeur

²⁹ Il est frappant et révélateur de constater qu'à l'extérieur de la Communauté, le problème de la définition du marché dans le cadre du règlement 1400/2002 fait partie des premières remarques faites par certains spécialistes du droit de la concurrence. C'est notamment le cas de Huy Do, membre du Bureau de la concurrence canadien.

³⁰ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JOCE n°C-372 du 9 décembre 1997)

³¹ Déjà dans son 1^{er} Rapport sur la politique de la concurrence, pour l'année 1971, la Commission pointait du doigt "des divergences de prix des véhicules automobiles de la même marque d'un pays membre à l'autre" (Pt.48).

³² "Nous n'aimons pas les mêmes voitures", Alexandra Legendre, L'Automobile Magazine, mai 2002, pp.126-127. Il ressort de cette analyse conduite dans les Etats membres de l'UE qu'il existe une préférence pour les marques nationales.

³³ Ce choix se comprend lorsque l'on sait que Suzuki n'est présent en Europe que par le biais d'importateurs et que ce sont ces derniers qui ont unanimement suggéré au constructeur de recourir à un système de distribution exclusive. Un autre élément d'explication important provient du fait que tous les autres produits Suzuki (motos, jet-skis, moteurs de bateau, etc.) sont distribués par des distributeurs exclusifs.

- ✓ la distribution sélective quantitative est exemptée tant que la part de marché du constructeur ne dépasse pas 40% alors que la distribution exclusive n'est exemptée que si elle ne dépasse pas 30%. Ainsi, le constructeur à la tête d'un réseau sélectif a plus de marge.

Il ressort de ces chiffres que les constructeurs auraient tout intérêt à opter pour la sélectivité.

- ✓ l'émergence d'Internet tend à effacer la notion de territoire géographique. Par conséquent, la distribution exclusive est dénaturée et perd beaucoup de son intérêt.
- ✓ enfin, le texte du règlement 1400/2002 lui-même pourrait faire croire à une préférence pour la distribution sélective. En effet, beaucoup de dispositions du règlement concernent la distribution sélective plutôt que la distribution exclusive. L'article 3, §1, al.1 du règlement 1400/2002 nous en fournit un exemple flagrant : il prévoit que l'exemption ne s'applique qu'à condition que le constructeur partie à l'accord ne détienne pas une part de marché supérieure à 30%. Contrairement à ce que la lecture de cet alinéa pris isolément pourrait nous faire penser, ce seuil ne s'applique pas dans tous les cas : il ne s'applique qu'aux accords de distribution exclusive. Bien que ce terme ne soit pas employé, cela se déduit aisément puisque les deuxième et troisième alinéas de cet article traitent de la distribution sélective, respectivement quantitative et qualitative. Dès lors, le premier alinéa ne peut viser que la distribution exclusive. Dans ces conditions pourquoi ne pas avoir été plus explicite au premier alinéa ? Faut-il voir derrière cette ambiguïté une certaine réticence pour la distribution exclusive ? Si tel est le cas, cette réticence serait hypocrite puisque la sélectivité est aménagée de telle sorte qu'elle semble pouvoir créer des effets similaires à ceux créés par la distribution exclusive.

En effet, le règlement 1400/2002 aménage la sélectivité de façon à l'adapter aux spécificité de la distribution automobile. Contrairement aux autres secteurs qui recourent traditionnellement à la distribution sélective qualitative (par exemple celui des parfums), le règlement 1400/2002 permet aux constructeurs d'imposer non seulement des critères qualitatifs mais aussi des critères quantitatifs (par exemple : des quotas de ventes à réaliser)³⁴. Or, mettre en place un système de distribution sélective fondée sur des critères qualitatifs et quantitatifs reviendrait à mettre en place un système de distribution exclusive³⁵. Recourir à des critères quantitatifs permettra en effet aux constructeurs de refuser de fournir des distributeurs qui – par ailleurs – répondent aux critères qualitatifs de sélection. Les principaux distributeurs susceptibles de se voir opposer un tel refus sont les grandes surfaces et les distributeurs vendant exclusivement par Internet.

Si – comme tout le laisse penser – la majorité des constructeurs opte pour un système de distribution sélective, l'objectif de la Commission d'en finir avec le modèle imposé risque d'échouer. Il n'y aura certes plus de modèle imposé (tout au moins dans les textes) mais il

³⁴ Déjà dans sa décision BMW de 1974, la Commission admettait la limitation du nombre de distributeurs dès lors qu'elle était justifiée par la nécessité de leur assurer des recettes minimales.

³⁵ C'était l'argument du gouvernement finlandais pour justifier sa réticence vis-à-vis d'un système de pluralité de seuils : ces différences permettraient au constructeur de contourner le seuil de 30% prévu pour la distribution exclusive en mettant en place un système de distribution sélective assorti de critères quantitatifs (cf. *Finland's comments on the Commission's draft of a block exemption regulation on motor vehicle distribution and servicing*, Ministry of Trade and Industry, 14 May 2002)

risque tout de même d'y avoir un système unique dans les faits. Ce système unique ne serait plus un système de distribution sélective et exclusive mais un système de distribution sélective aménagée pour le secteur automobile. Dans ce cas, l'article 7, §1 du règlement 1400/2002 (qui n'est ni plus ni moins l'article 8, §1 du règlement d'exemption général de 1999) ne risque-t-il pas d'être problématique ? Il dispose que : "*Conformément à l'article 1^{er} bis du règlement n°19/65/CEE, la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50% d'un marché en cause, que le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.*".

Lors des négociations relatives à l'éventuelle reconduction d'un règlement d'exemption par catégorie pour la distribution automobile, cette disposition avait été présentée comme un obstacle majeur à l'intégration de la distribution automobile dans le champ d'application du règlement d'exemption général de 1999. En effet, la quasi totalité des contrats de distribution dans le secteur automobile étant conçue sur le même modèle, la barre des 50% du marché en cause aurait été facilement atteinte ; ainsi la distribution automobile risquait de ne plus bénéficier d'exemption. Aussi surprenant que cela puisse paraître à première vue, cette disposition a été introduite dans le règlement 1400/2002. Cela s'explique par le fait que ce règlement n'impose plus un modèle unique de distribution mais laisse le choix entre deux modèles. La Commission a donc pu en déduire que l'effet de réseau ne serait plus aussi marqué. Mais, si dans les faits la quasi totalité des constructeurs choisit un système de distribution sélective, le raisonnement ne tient plus et l'effet de réseau risque à nouveau d'être important au point d'atteindre sans difficulté 50% du marché. Il faut toutefois souligner qu'atteindre ce chiffre n'est pas rédhibitoire : tant dans le règlement de 1999 que dans le règlement 1400/2002³⁶, il ne s'agit que d'une capacité donnée à la Commission (et non d'une obligation) de refuser d'appliquer le règlement d'exemption : "la Commission peut déclarer".

Quel que soit le type de distribution retenu par le constructeur, la nature de la relation entre ce dernier et le distributeur se trouve modifiée par le règlement 1400/2002 : le lien ne repose plus sur la sélectivité ET l'exclusivité mais sur la sélectivité OU l'exclusivité. Outre la nature de la relation, c'est l'équilibre de celle-ci qui est revu par le règlement de 2002.

B. L'équilibre de la relation revisité

Il est de notoriété publique que – bien que juridiquement distincts des constructeurs – les concessionnaires sont économiquement dépendants de ces derniers. Or, si la domination du constructeur est excessive, les concessionnaires sont privés de leur liberté d'action et ne peuvent se faire concurrence entre eux. Or cette concurrence est un objectif très clair de la Commission dans la mesure où elle devrait œuvrer en faveur de la réalisation du marché commun. Par conséquent, il convient d'encadrer la dépendance économique des concessionnaires, et ce tant en amont la mise en œuvre du contrat de distribution (1) qu'en aval de celle-ci l'issue de cette mise en œuvre (2).

³⁶ Cf. Annexe V – Comparaison du règlement de 1999 et du règlement 1400/2002

1) Rééquilibrage avant la mise en œuvre du contrat de distribution

Le rééquilibrage de la relation entre constructeur et distributeur – via l'encadrement de la dépendance économique du concessionnaire – prend trois formes :

- ✓ les contrats à durée déterminée conclus entre le constructeur et le distributeur ne peuvent être d'une durée inférieure à cinq ans³⁷ alors que la durée minimale n'était que de quatre ans sous l'empire du règlement 123/85³⁸.
- ✓ la deuxième mesure visant à limiter la dépendance économique du distributeur est relative à la façon dont les clauses d'objectifs sont déterminées. Ces clauses concernent le nombre de produits contractuels que le distributeur devrait écouter sur une période donnée, les stocks de produits contractuels qu'il devrait détenir ainsi que le nombre de véhicules de démonstration possédés par le distributeur. En cas d'absence d'accord entre le constructeur et le concessionnaire, le règlement 123/85 conférait au constructeur le pouvoir d'imposer unilatéralement les objectifs. Le règlement 1475/95 atténue le déséquilibre que le règlement 123/85 créait en faveur du constructeur : en cas d'absence d'accord sur les objectifs entre les parties au contrat, il appartenait à un tiers expert de les déterminer en tenant compte notamment des ventes précédemment réalisées dans ce territoire ainsi que des estimations prévisionnelles de ventes pour ce territoire et au niveau national³⁹.

Un pas supplémentaire en faveur du rééquilibrage de la relation constructeur / distributeur est fait avec le règlement 1400/2002. Celui-ci subordonne en effet l'octroi de l'exemption à la possibilité pour chacune des parties de recourir à un expert indépendant ou à un arbitre en cas de différend sur la fixation de ces clauses d'objectifs⁴⁰. Dès lors, les objectifs devraient être fixés objectivement sans risque de distorsion de la concurrence intrabrand par une domination excessive du constructeur. Toute la difficulté est de savoir ce qu'il faut entendre par "*tiers expert*", "*expert indépendant*" et "*arbitre*" et de déterminer leurs prérogatives.

- ✓ la troisième mesure visant à encadrer la dépendance économique concerne la validité des clauses d'objectifs. La principale interrogation soulevée par la question de la validité des clauses d'objectifs concerne la nature de ces clauses : sont-ce des obligations de moyen ou des obligations de résultat ? Si l'on considère ces clauses comme des obligations de résultat, la non réalisation des objectifs par le concessionnaire peut justifier une résiliation du contrat sans préavis. S'il a pu sembler pendant un temps que le juge français qualifiait les clauses d'objectifs d'*obligations de résultat*⁴¹, cette qualification a été infléchie par la jurisprudence communautaire. En droit communautaire, les clauses d'objectifs présentées comme des obligations de résultat ne sont pas exemptées mais cela ne signifie pas qu'elles soient illicites a priori. La CJCE s'est prononcée pour la première fois à ce propos

³⁷ Cf. art.3, §5, sous a) du règlement 1400/2002 (qui reprend l'art.5, §2, sous 2) du règlement 1475/95)

³⁸ Cf. art.5, §2 du règlement 123/85

³⁹ Cf. art.4, §1, sous 3), 4) et 5) du règlement 1475/95

⁴⁰ Cf. art.3, §6, sous b), c) et d) du règlement 1400/2002

⁴¹ Par exemple : CA Paris, 1^{ère} ch.A, 23 avril 1990 (D.1990, IR, p.142) ; CA Paris, 4^{ème} ch.B, 14 juin 1990, Loisirs Aut. c/ Volvo ; CA Paris, 5^{ème} ch.A, 14 novembre 1990 (D. 1991, IR, p.7)

dans son arrêt Cabour du 20 avril 1998⁴². La CJCE a considéré que de telles clauses étaient licites au regard du règlement 123/85 et qu'elles pouvaient même prévoir une sanction allant jusqu'à la résiliation du contrat dans l'hypothèse où les objectifs ne seraient pas atteints, mais seulement à condition que la fixation de l'objectif de vente constitue l'expression d'une simple obligation de moyens. La solution de la CJCE dégagée dans l'affaire Cabour a finalement été reprise par les juges français et notamment par la CA de Douai (qui avait posé provoqué l'arrêt de la CJCE en posant des questions préjudiciales à cette dernière) en 2001⁴³. L'on ne peut qu'approuver cette solution jurisprudentielle qui considère les clauses d'objectifs comme valides ; l'imposition d'objectifs peut favoriser la concurrence⁴⁴.

Pour assurer une concurrence effective, il ne suffit pas d'encadrer la dépendance économique des distributeurs avant la mise en œuvre du contrat de distribution, il faut aussi le faire après sa mise en œuvre.

2) Rééquilibrage après la mise en œuvre du contrat de distribution

Une plus grande protection du distributeur après la mise en œuvre du constructeur a été mise en place progressivement :

- ✓ le règlement 1475/95 a fait un premier pas en ce sens en allongeant la durée du délai de préavis que tout constructeur doit respecter pour résilier un contrat à durée indéterminée : elle passe d'un an à deux ans, sauf exceptions⁴⁵.

Si deux ans est une durée rare dans le cadre d'un préavis contractuel, elle s'explique d'une part par la volonté de dissuader les constructeurs de procéder à des résiliations abusives (notamment dans le cas où le distributeur n'atteindrait pas les objectifs de ventes annuels déterminés dans le contrat), et d'autre part par la nécessité de redéployer des investissements parfois lourds⁴⁶. Si la motivation de l'allongement de la durée du préavis est l'accroissement

⁴² CJCE, 30 avril 1998, Cabour & Nord Distribution Auto c/ Arnor " SOCO " (aff.C-230/96, Rec.I-2055) (RAE, 1999, p.113 ; note de L. IDOT, Europe, juin 1998, p.14 ; Cont.conc.consom., juin 1998, pp.16-17 ; RTDCom., octobre-décembre 1998, pp.990-992 ; ECLR, 1999, pp.29-36, obs. G. CUMMING)

⁴³ CA Douai, 2^{ème} chambre, 1^{er} février 2001, Sté Cabour c/ Sté ARNOR " SOCO " (D., 2001, n°39, pp.3178-3190, obs. C. PRIETO ; Cont.conc.consom., avril 2001, pp.20-22)

⁴⁴ C'est ce que la Cour de cassation française a rappelé dans une affaire de 1997 : "*la clause d'objectif litigieuse contribue, dans l'intérêt du consommateur final, à maintenir une concurrence effective entre les concessionnaires et, en prévenant toute inaction ou passivité commerciale de leur part, à assurer la fluidité des marchés locaux ainsi qu'à empêcher la paralysie des règles normales de commerce née de l'exclusivité réciproque à laquelle les parties s'engagent mutuellement et qu'une telle clause n'est pas contraire à l'article 85, paragraphe 1, du Traité instituant la Communauté européenne.*" (Cass.com., 16 décembre 1997, n°96-14.515)

⁴⁵ Le règlement 1475/95 prévoit trois cas dans lesquels le délai est ramené à un an :

- "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" (art.5, §2, 2) du règlement de 1995

- "en cas de nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau" (art.5, §3 du règlement 1475/95)

- "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"

Le règlement 1400/2002 n'a retenu que les deux premiers cas.

⁴⁶ La Cour de cassation française a insisté sur la nécessité de tenir compte des investissements du concessionnaire lors de l'appréciation du caractère abusif d'une résiliation : le concédant doit permettre à son cocontractant d'amortir les investissements réalisés, notamment en tenant compte de l'intention ou non des

du poids des investissements⁴⁷, pourquoi le délai de préavis ne serait-il pas fonction de l'importance de l'effort financier du concessionnaire⁴⁸. De même, pourquoi ne pas avoir requis un préavis de deux ans aussi pour les contrats à durée déterminée ?

La portée pratique de l'allongement de la durée du préavis est toutefois à relativiser puisqu'il se peut que le constructeur préfère demander au concessionnaire d'arrêter sur le champ ses activités en lui versant des indemnités plutôt que de le laisser poursuivre ses activités pendant la durée du préavis sachant qu'il risque de ne pas être motivé. Pourtant la jurisprudence (en tout cas en France) avait insisté sur le fait que le délai de préavis n'était pas une période de relâchement du lien contractuel et que les obligations nées du contrat devaient être respectées tant par le concédant que par le concessionnaire⁴⁹. Si l'imposition d'un préavis relativement long a pour but d'empêcher le constructeur de résilier inconsidérément les contrats de distribution et ainsi de modifier les conditions de la concurrence intrabrand grâce à sa supériorité économique.

- ✓ le règlement 1400/2002 fait un pas supplémentaire vers un rééquilibrage de la relation constructeur / distributeur : le constructeur est désormais dans l'obligation de motiver toute résiliation. Ainsi, il ne peut supprimer un concurrent sans véritable raison, au seul motif qu'il jouit d'une certaine supériorité.

Avant l'entrée en vigueur du règlement 1400/2002, le constructeur souhaitant la résiliation n'était soumis à aucune obligation de motivation et n'avait aucun intérêt à exposer ses motifs de sa propre volonté car il se trouvait alors dans l'obligation de les justifier et il était soumis au contrôle de la légitimité des motifs par le juge⁵⁰.

Depuis le 1^{er} octobre dernier, l'octroi de l'exemption est subordonnée à la condition que le constructeur "*soit tenu de [notifier la résiliation d'un accord] par écrit en spécifiant les raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation*"⁵¹.

Par cette disposition, le distributeur se trouve mieux protégé et le déséquilibre en faveur du constructeur est dès lors atténué. Il l'est d'autant plus que – quand bien même le constructeur aurait respecté le délai de préavis et l'obligation de motivation – le distributeur victime d'une résiliation conserve la possibilité de recourir à deux voies judiciaires :

parties de s'engager dans des relations contractuelles de longue durée (Cass.com., 20 janvier 1998, SCAO c/ Automobiles Citroën, aff. 96-18.353, Bull.civ. IV, n°40, Jur.auto., septembre 1998, pp.421-422 ; D., 1998, Jur., pp.413-418, obs. C. JAMIN ; D., 1999, Somm.comm., p.114, obs. D. MAZEAUD ; RJC, 1^{er} février 1999, pp.67-80, obs. D. PORACCHIA)

⁴⁷ Etre concessionnaire suppose des investissements de plus en plus importants En 1995, Renault considérait que pour distribuer 1000 VN, le concessionnaire avait besoin en moyenne de 3,3 millions d'euros. Aujourd'hui, ce même constructeur considère que 4 millions d'euros sont nécessaires.

⁴⁸ C'est l'opinion de J.-C. FOURGOUX qui aurait souhaité que l'art.2, §6 soit complété comme suit : "Les délais de résiliation étant des délais minima, ils doivent être augmentés en cas de justification d'investissements engagés par le concessionnaire qui sont présumés réalisés pour les besoins de l'exécution du contrat." (cf. " Le nouveau règlement automobile – Un texte fondamental encore évolutif ", JCP éd.E, 13 juin 2002, n°24, Act.132, p.971)

⁴⁹ Cass.com., 18 novembre 1997, Sté Garage du Progrès SA et a. c/ Sté VAG France SA et a., pourvoi n°95-20808, arrêt n°2310 D, inédit (Cont.conc.consom. 1998, n°9, obs. L.Vogel); Cass.com., 12 novembre 1996 (RTDCiv. 1997, 931, obs. J. Mestre) ; CA Paris, 9 mai 1997 (RTDCiv. 1997, 932, obs. J. Mestre)

⁵⁰ Pour un exemple dans lequel le constructeur aurait mieux fait de ne pas chercher à motiver sa résiliation : Cass.com., 20 janvier 1998, Sté S.C.A.O. c/ Automobiles Citroën et a., n°96-18.353, Bull.civ.IV, n°40 (Jur.auto., septembre 1998, pp.421-422 ; Cont.conc.consom., 1998, comm., 56, obs. Leveneur ; D., 1998, Jur., pp.413-418, obs.C. Jamin ; D., 1999, Somm.comm., p.114, obs. D. Mazeaud ; RJC, 1^{er} février 1999, n°1517, obs. D. PORACCHIA, pp.68-80 ;)

⁵¹ Cf. art.3, §4 du règlement 1400/2002

- ✓ le concessionnaire évincé peut contester la résiliation

Si le règlement 1400/2002 impose que tout litige relatif à la justification de la résiliation d'un contrat puisse être soumis à un expert indépendant ou à un arbitre⁵², cela est sans préjudice du recours judiciaire, dont on ne sait toutefois pas s'il ne peut intervenir qu'après avoir eu recours à un système alternatif ou bien s'il peut intervenir de suite.

L'état de dépendance économique des concessionnaires vis-à-vis du concédant peut servir à contester la résiliation. Alors que l'abus de dépendance économique est expressément prohibée en droit français (tant en tant que pratique anticoncurrentielle à l'article L-420-2, §2, C.com qu'en tant que pratique restrictive à l'article L.442-6, C.com depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE de 2001), elle ne l'est pas en droit communautaire. En dépit de l'existence d'une disposition en droit français, le Conseil de la concurrence a refusé en 1989 de l'appliquer à un concessionnaire automobile⁵³ ; il a invoqué la part de marché des produits en cause, la mobilité des concessionnaires automobiles et la possibilité de solution de reconversion pour le concessionnaire évincé. Toutefois un constructeur qui se livrerait à un abus de dépendance économique⁵⁴ pourrait dans certains cas être condamné sur le fondement de l'abus de position dominante (art.82 CE)⁵⁵.

- ✓ le concessionnaire évincé peut réclamer une indemnisation

La rupture d'un contrat de concession est fréquemment suivie d'une demande d'indemnisation de la part du concessionnaire, au titre de sa situation de dépendance économique. Pourtant, même s'il est incontestable que toute rupture cause un préjudice à celui qui la subit, il n'en résulte pas pour autant un droit à être indemnisé. Cette indemnisation n'existe (en tout cas en droit français) que si le concédant n'a pas loyalement cherché à préserver l'équilibre des patrimoines. La Cour de cassation française n'a accepté d'octroyer des dommages-intérêts qu'en cas de résiliation abusive⁵⁶.

Les pratiques allemande et espagnole ainsi que la réglementation belge s'écartent de cette position française en acceptant d'allouer des indemnités au concessionnaire dès lors que ses investissements ne sont pas amortis en fin de contrat. La jurisprudence allemande permet une telle indemnisation en faisant une application analogique des textes relatifs à l'agent commercial⁵⁷. Mais il n'est pas exclu que l'arrêt Toyota rendu par la Cour de cassation allemande le 17 avril 1996 remette en cause ce raisonnement par analogie.

⁵² Cf. art.3, §6, sous g) du règlement 1400/2002

⁵³ Cons.conc., 2 mai 1989, Mercedes Benz France c/ Chaptal, décision n°89-D-16 (BOCCRF du 30 mai 1989, p.145)

⁵⁴ Pour des exemples de comportements qui pourraient être qualifiés d'abus de dépendance économique, voir : Commission de concurrence grecque (Epitropi Adagonismou), 23 novembre 1999, Velmar AE c/ Ford Grèce, décision n°91/11/1999 (ECC, 2002, pp.81-95)

⁵⁵ M. Monti lui-même avait insisté sur la nécessité d'empêcher les constructeurs d'abuser de la situation de dépendance économique de leurs distributeurs dans sa réponse à la question écrite n°P-831/00 de M. Claude Desama (PSE) (JOCE n°C-46 E du 13 février 2001, pp.55-56)

⁵⁶ Pour un exemple de refus d'octroi de dommages-intérêts en raison du caractère non abusif de la rupture, voir : Cass.com., 13 mars 2001, Garage des Eyssagières c/ Volvo France (arrêt n°530F-Dn Juris-Data n°2001-008789) (Jur.auto., n°720, juin 2001, pp.289-290 ; Cont.conc.consom., juillet 2001, p.12, obs. L. LEVENEUR ; Cont.conc.consom., juillet 2001, p.19-21). Pour un exemple d'octroi de dommages-intérêts pour rupture abusive, voir : Cass.com., 17 juillet 2001, Sté Fiat auto France c/ Sté Polauto, n°1431 F-D (RJDA, février 2002, n°148, pp.122-123).

⁵⁷ Une telle analogie se fait depuis un arrêt de la Cour de cassation allemande (B.G.H.) du 11 février 1977.

Il résulte de ce qui précède que la nature et l'équilibre de la relation entre constructeur et distributeur sont modifiés par le nouveau règlement d'exemption de 2002. Mais ces modifications ne constituent pas l'acte de décès du modèle unique en distribution automobile. Tout ce qu'il nous est permis d'affirmer est que le modèle de la distribution automobile est modifié de par les changements subis par la relation entre constructeur et distributeur. Mais ce dernier n'est pas en relation qu'avec le constructeur : il est, par définition, en relation avec le consommateur puisqu'il est précisément l'intermédiaire entre le constructeur et le consommateur. La relation entre le distributeur et le consommateur se trouve elle aussi touchée par le nouveau règlement de 2002.

LE DISTRIBUTEUR DANS SA RELATION AVEC LE CONSOMMATEUR

Ayant pour objectif de renforcer la concurrence, le règlement 1400/2002 vient indubitablement modifier le rôle que joue le distributeur envers le consommateur (A). Pour autant, les modifications ainsi apportées menacent-elles l'existence même du distributeur automobile (B) ?

A. La modification du rôle du distributeur

Le rôle du distributeur automobile vis-à-vis du consommateur est modifié d'une part parce qu'il pourra lui proposer des véhicules de marques différentes (1) et d'autre part parce qu'il n'aura plus l'obligation d'assurer le service après-vente des véhicules qu'il aura distribués (2).

1) L'avènement du multimarquisme

Le multimarquisme consiste en la vente de produits concurrents de marques différentes en un seul point de vente. Il faut distinguer le multimarquisme au niveau des distributeurs (qui nous retiendra ici) et ce que l'on pourrait qualifier de multimarquisme au niveau des constructeurs et qui consistent pour les groupes constructeurs à détenir plusieurs marques. Alors que le règlement 123/85 interdisait le multimarquisme⁵⁸, le règlement 1475/95 l'accepte. Mais c'est une acceptation restrictive et conditionnelle : les véhicules neufs que le concessionnaire entend proposer à côté des véhicules neufs contractuels ne peuvent être "*offerts [...] que dans des locaux de ventes séparés soumis à une gestion distincte, sous la forme d'entité juridique distincte et de manière telle qu'une confusion de marques soit exclue*"⁵⁹.

Le multimarquisme semble donc avoir été autorisé par le règlement 1475/95, mais il est subordonné à des conditions tellement strictes qu'il devenait inenvisageable car trop onéreux pour les concessionnaires : il s'agit plus d'une fausse acceptation du multimarquisme ou de l'acceptation d'un "faux" multimarquisme⁶⁰. Seuls les concessionnaires ayant une certaine assise financière pouvaient satisfaire aux conditions posées par le règlement. Ceci est paradoxal car, logiquement, le multimarquisme aurait dû profiter aux petits distributeurs des

⁵⁸ Il conviendrait toutefois – pour être rigoureux – d'examiner de plus près l'article 3 du règlement 1475/95 d'où l'on déduit cette interdiction. L'analyse minutieuse de cette disposition nous conduirait à une conclusion plus nuancée, au moins en théorie (il faudrait notamment distinguer selon que les produits que le concessionnaire voulait proposer à côté des produits contractuels étaient ou non concurrents de ces derniers).

⁵⁹ Cf. art.3, sous 3) du règlement 1475/95

⁶⁰ L'on parle parfois de " faux multimarquisme " ou – pour reprendre l'expression de J.-C. FOURGOUX de " multimarquisme truqué " (" Le nouveau règlement automobile – Un texte fondamental encore évolutif ", *JCP* éd.E, 13 juin 2002, n°24, Act.132, p.971)

zones peu peuplées afin de leur permettre de diversifier leur offre. Or ce sont précisément eux qui étaient dans l'incapacité de recourir au multimarquisme faute de moyens financiers.

Outre le fait que les conditions auxquelles le règlement 1475/95 subordonne le multimarquisme sont particulièrement strictes, les incertitudes qui entourent l'interprétation de ces conditions rendent l'acceptation du multimarquisme encore plus douteuse (que faut-il entendre par les expressions "*locaux de vente séparés*", "*gestion distincte*", "*d'une manière telle qu'une confusion de marques soit exclue*"?).

Ce n'est qu'en 2002 que le "vrai" multimarquisme semble avoir été consacré. L'article 5, §1, sous c) du règlement 1400/2002 refuse l'exemption 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 ou de fournir des services de réparation et d'entretien pour les véhicules automobiles de fournisseurs concurrents déterminés*", ce qui revient à interdire aux constructeurs d'interdire à leurs concessionnaires de pratiquer le multimarquisme. Toutefois, le multimarquisme n'est acceptable que si les concessionnaires veillent à ne pas provoquer de confusion entre les marques dans l'esprit des consommateurs.

Contrairement aux constructeurs qui n'acceptent pas de gaieté de cœur cette simplification du recours au multimarquisme, le Bundeskartellamt, autorité de concurrence allemande, l'a particulièrement bien accueillie. Le multimarquisme est un facteur de concurrence interbrand accrue. En effet, présenter dans un même lieu de vente des véhicules de marques différentes donne l'occasion aux consommateurs de procéder à des comparaisons et de faire jouer la concurrence entre ces marques. Faire jouer la concurrence interbrand dans ces conditions est beaucoup plus aisé que si les consommateurs doivent se rendre dans diverses concessions de marques différentes afin de procéder à ces comparaisons entre marques.

Le multimarquisme n'aurait-il pas pu connaître un régime similaire si la distribution automobile était tombée dans le champ d'application du règlement de 1999 ? La réponse est positive. Certes le règlement de 1999 ne parle pas de "multimarquisme" puisque c'est un terme spécifique à la distribution automobile mais, si le secteur automobile était tombé dans le régime commun des restrictions verticales, il aurait été régi par le règlement de 1999 et pour savoir si un constructeur pouvait interdire à ses concessionnaires de recourir au multimarquisme, il aurait fallu qualifier le multimarquisme selon les termes du règlement de 1999. Il aurait vraisemblablement été considéré que l'interdiction de pratiquer le multimarquisme était une obligation de non concurrence. Dès lors une clause interdisant le multimarquisme aurait été régi par l'article 5, sous a) du règlement de 1999. Il ressort de la lecture de cette disposition que le règlement 1400/2002 est plus strict que le règlement de 1999 puisque ce dernier n'interdit que les obligations de non concurrence dont la durée dépasse cinq ans ou qui sont d'une durée indéterminée. En outre l'article 5, sous c) du règlement de 1999 semble parfaitement correspondre à l'hypothèse de multimarquisme en matière de distribution automobile, à condition d'être dans le cadre d'un système de distribution sélective : il refuse d'exempter "*toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés*".

Si le recours au multimarquisme paraît encouragé - en tout cas facilité - par le règlement 1400/2002, et ce au profit de la concurrence interbrand, cela se traduira-t-il dans les faits par une recrudescence des concessionnaires multimarques ? L'on peut en douter. En effet, trois éléments semblent venir faire obstacle à la mise en œuvre pratique du multimarquisme :

- ✓ la rémunération des personnels. Pour que le multimarquisme fonctionne correctement et sainement, il faudra en effet que le personnel reçoive la même commission quelle que soit la marque de la voiture vendue. Sinon, le personnel cherchera naturellement à vendre les véhicules des marques offrant les commissions les plus intéressantes. Cela serait catastrophique pour la concurrence interbrand qui est pourtant très forte aujourd'hui. Le même obstacle est à surmonter au niveau des distributeurs eux-mêmes.
- ✓ Ensuite, la sélectivité quantitative risque de limiter les possibilités réelles de multimarquisme. Les concessionnaires souhaitant devenir multimarques risquent d'essuyer des refus de la part des constructeurs qui se fonderont sur leurs critères quantitatifs. La juxtaposition d'une disposition consacrant le multimarquisme avec une disposition autorisant la distribution sélective quantitative annihile ou en tout cas affaiblit considérablement la portée pratique de la première.
- ✓ Enfin, les concessionnaires pourraient se montrer eux-mêmes réticents au multimarquisme et ceci pour deux raisons :
 - ✓ les consommateurs européens ne paraissent pas particulièrement séduits par le multimarquisme⁶¹. S'ils estiment que les concessionnaires multimarques pourraient leur offrir une phase de pré-achat de meilleure qualité ainsi que de meilleures conditions commerciales que leurs concessionnaires classiques, ils expriment certaines angoisses quant à la qualité du service après-vente, quant à l'engagement du constructeur. Globalement, ils ont plus confiance en un achat réalisé chez un concessionnaire monomarque. Dans ces conditions, quel intérêt les concessionnaires auraient-ils à devenir multimarques ? Leur but n'est pas seulement de mieux informer les consommateurs, il faut aussi qu'ils puissent leur vendre des véhicules afin de survivre.
 - ✓ la protection de l'image de marque du constructeur : l'offre de véhicules automobiles de marques différentes dans un même lieu risque de nuire à l'image de marque du constructeur, ou en tout cas de rendre la concurrence interbrand peu saine. Si cela concerne plus directement le constructeur, il n'en reste pas moins que le concessionnaire souffrira indirectement d'une atteinte à l'image de marque du constructeur. Un concessionnaire conscient de ce danger prendra-t-il le risque de devenir multimarques ?

Outre le fait que le règlement 1400/2002 modifie la relation concessionnaire / consommateur par la possibilité qu'il offre au premier la possibilité de proposer des véhicules de marques différentes, la relation est modifiée par le fait que ce même concessionnaire ne sera pas dans l'obligation d'assurer le service après-vente des véhicules qu'il aura distribués.

⁶¹ Cf. l'enquête sur la perception de la distribution automobile en Europe réalisée par Taylor Nelson Sofres au second semestre 2000 sur 4000 interviewés (800 par pays) dans cinq pays : Allemagne, Espagne, France, Italie et Royaume-Uni ; les résultats ont été publiés le 18 janvier 2001 (disponibles sur <http://www.sofres.com/etudes/auto>).

2) *La rupture du lien vente / après-vente*

Traditionnellement, vente et après-vente sont liées dans le secteur automobile, ce qui signifie que le distributeur auteur de la vente se doit d'assurer le service après-vente. Le texte du règlement 1400/2002 procède à un réaménagement de ce lien entre vente et après-vente.

Avant l'entrée en vigueur du règlement 1400/2002, les règlements 123/85 et 1475/95 subordonnaient l'octroi de l'exemption à la liaison entre vente et après vente⁶² : l'exemption s'applique "à condition que le distributeur s'engage à assurer aux véhicules automobiles de la gamme visée par l'accord ou correspondants à celle-ci, [...] 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 [...]" () .

N'oublions toutefois pas qu'il ne s'agit pas d'une véritable obligation puisque ni le règlement 123/85 ni le règlement 1475/95 n'était contraignant : l'unique fonction des règlements est de permettre aux accords qui s'y conforment d'échapper à la nullité de plein droit prévue par l'article 81, §§1 et 2. Les entreprises restent totalement libres de ne pas se conformer aux règlements, auquel cas elles ne peuvent évidemment pas bénéficier de l'exemption par catégorie, mais la voie de la notification individuelle ne leur est bien sûr pas fermée⁶³. En pratique, la très grande majorité des constructeurs n'agrémentait que les distributeurs qui assuraient le service après-vente car – d'un point de vue économique – allier vente et après-vente était une formule gagnante. Il y a malgré tout eu quelques exceptions. Citons par exemple le cas de Daewoo au Royaume-Uni qui a confié la vente à sa chaîne de distributeurs et a sous-traité l'après-vente. Il est admis que la stratégie de Daewoo lui a permis d'acquérir rapidement une part de marché significative. Cette tentative a peut-être participé du mouvement de scepticisme à l'égard du lien entre vente et après-vente.

Il va de soi que ce lien entre vente et après-vente présente un avantage considérable pour les consommateurs : ils sont assurés de pouvoir faire entretenir ou réparer leurs véhicules par des professionnels qualifiés et qui connaissent le produit. Malgré cet avantage pour les consommateurs, le règlement 1400/2002 revient sur le lien entre vente et après-vente.

En dehors du Comité économique et social (CES)⁶⁴ qui s'est appuyé sur les rapports Lademann et Andersen⁶⁵, de nombreuses entités se sont prononcées en faveur de la

⁶² Cf. art.5, §1, sous 1a) du règlement 123/85, repris à l'art.5, §1, sous 1a) du règlement 1475/95 de façon plus stricte puisque la condition est formulée de façon négative : "*l'exemption n'est acquise qu'à condition...*"

⁶³ CJCE, 18 décembre 1986, VAG France c/ Magne (aff.10/86, Rec.4071) ; TPI, Ord., 21 mai 1990, Peugeot c/ Commission (aff.T-23/90R, Rec.II-195) ; TPI, 22 avril 1993, Peugeot c/ Commission (aff.T-9/92, Rec.II-493) ; CJCE, 30 avril 1998, Cabour & Nord Distribution Auto c/ Arnor " SOCO " (aff.C-230/96, Rec.I-2055) ; TPI, 21 janvier 1999, Riviera Auto Service c/ Commission (aff.T-185/96, T-189/96 et T-190/96, Rec.II-93)

⁶⁴ Cf. l'avis du CES du 29 mai 2002

⁶⁵ Customer preferences for existing and potential sales and servicing alternatives in automotive distribution, Dr. Lademann & Partner, December 2001 (disponible sur http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/distribution/eval_reg_1475_95/studies/customer_preferences.pdf) et Study on the impact of possible future legislative scenarios for motor vehicle distribution on all parties concerned, Final report, 3 December 2001, Andersen (disponible sur http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/distribution/eval_reg_1475_95/studies/impact_legislative_scenarios/appendices_i.pdf)

déconnexion entre vente et après-vente : la Commission⁶⁶, le Parlement européen⁶⁷, le bureau d'études Autopolis⁶⁸.

En réalité, dans le règlement 1400/2002, le lien entre vente et après-vente n'a pas été totalement abandonné mais réaménagé. Aux termes de l'article 4, §1, sous g) du règlement 1400/2002, "*la restriction de la capacité du distributeur de sous-traiter la fourniture de services de réparation et d'entretien à des réparateurs agréés*" constitue une restriction caractérisée faisant barrage à l'octroi de l'exemption. Cela suppose donc que des réparateurs agréés soient appointés, ce qui pourra être un gage de qualité pour les consommateurs ; le réparateur agréé devra effectivement remplir les critères qualitatifs posés par le constructeur et faire partie du réseau de distribution du constructeur. Dès lors que le réparateur remplira les critères en question, le constructeur ne pourra s'opposer à son entrée dans le réseau officiel. Ce nouveau métier de "réparateur agréé" pourrait être la vocation des concessionnaires évincés. Mais, l'introduction de la notion de réparateur agréé ne va pas sans difficulté pour les constructeurs. En effet, dès lors que le constructeur ne peut pas limiter leur nombre, ni contrôler leur implantation, il lui sera très délicat de maintenir la qualité et le service dans le réseau⁶⁹.

Un autre élément prouve que le lien entre vente et après-vente n'a pas été rompu mais seulement réaménagé : le constructeur peut "*exiger du distributeur qu'il communique aux utilisateurs finals, avant la conclusion de tout contrat d'achat, le nom et l'adresse du ou des réparateurs agréés 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*"⁷⁰. Ainsi, le consommateur qui achète chez un concessionnaire spécialisé dans la vente n'est pas lésé puisque les coordonnées des professionnels garantissant une certaine qualité lui sont communiquées dès l'achat. Par ailleurs, le consommateur pourra faire jouer plus intensément la concurrence entre réparateurs agréés. En outre, le consommateur risque d'autant moins d'être lésé qu'il n'est pas certain que de nombreux concessionnaires abandonnent leurs activités sur le marché de l'après-vente.

Mais, la mise en œuvre pratique de ce réaménagement ne fait guère d'illusion. Soulignons à titre préliminaire que l'on peut être sceptique quant au succès de cette modification dans la mesure où l'absence de réglementation relative à ce lien aux Etats-Unis et au Japon n'a pas empêché l'existence de fait d'un lien entre la vente et l'après-vente. Cette comparaison tendrait à démontrer l'existence d'un lien naturel entre la vente et l'après-vente, contrairement à la thèse qu'Autopolis a défendue dans son rapport. En revanche, la Corée a opté pour une déconnexion entre la vente et l'après-vente, au nom de l'efficience économique. Pour apprécier l'avenir de ce réaménagement, il convient de s'intéresser à l'accueil que les

⁶⁶ Cf. Rapport sur l'évaluation du règlement (CE) n°1475/95 sur les accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles du 15 novembre 2000 (COM(2000) 743 final, disponible sur http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/rpt/2000/com2000_0743fr01.pdf)

⁶⁷ Cf. Rapport présenté au Parlement européen par Christoph Werner Konrad (PPE allemand)

⁶⁸ Cf. le rapport intitulé "The Sales-Services link", disponible sur le site de la DG concurrence à l'adresse : <http://europa.eu.int/comm/competition/>.

⁶⁹ Les constructeurs britanniques ont un argument supplémentaire puisqu'une étude réalisée dans le cadre du "SMMT Stop Fuming emissions programme" sur le territoire britannique a montré que le nombre de voitures entretenues par des réparateurs hors réseau et ne remplissant pas les critères environnementaux était deux fois supérieur au nombre de voitures entretenues par des réparateurs membres du réseau qui ne remplissaient pas non plus ces critères. Sur les 4 000 voitures testées, quasiment 14% de celles entretenues par des réparateurs hors réseau dépassaient les limites d'émission de gaz alors que moins de 9% de celles entretenues par des réparateurs membres du réseau ne remplissaient pas non plus ces critères.

⁷⁰ art.4, §1, sous g) du règlement 1400/2002

intéressés pourraient lui réservier, à savoir : les constructeurs, les concessionnaires et les utilisateurs finals.

En ce qui concerne les constructeurs, le réaménagement du lien entre vente et après-vente pourrait, à terme, leur être préjudiciable. En effet, il pourrait avoir un impact sur leur image de marque. Si le consommateur est mécontent du service après-vente, il se peut qu'il mette – à tort – ce mécontentement sur le compte du constructeur. Une telle réaction ne manquera pas d'avoir un effet amplifié en raison du phénomène de bouche à oreille, d'autant plus que les gens achètent fréquemment une marque plutôt qu'un véhicule automobile.

En ce qui concerne les concessionnaires, l'on voit mal comment ce lien pourrait être rompu dans la pratique. En effet, les activités de ventes de VN n'étant pas rentables pour les concessionnaires, ces derniers fondent leur rentabilité sur des activités annexes, au premier rang desquelles figure le service après-vente. Quel serait alors leur intérêt à sous-traiter l'après-vente ? Il convient toutefois de nuancer ce propos : les VN étant de plus en plus fiables, la rentabilité des activités de service après-vente pourrait être affectée⁷¹. Par conséquent, les distributeurs seront de toute façon conduits à réorienter leurs efforts sur la vente.

La déconnexion entre vente et après-vente semble ne pouvoir présenter un réel intérêt que pour les nouveaux canaux de distribution. Le principal obstacle à la distribution automobile par Internet provient en effet du fait que le service après-vente ne peut être prodigué par ce biais. Dans cette perspective, le réaménagement du lien entre vente et après-vente est tout à fait cohérent avec la volonté de la Commission de promouvoir les nouveaux canaux de distribution. Mais les utilisateurs finals n'étant pas encore prêts à acheter leurs véhicules en ligne, le réaménagement risque de ne pas être couronné de succès auprès des consommateurs non plus.

En ce qui concerne les consommateurs, il n'est pas du tout certain qu'ils fassent jouer la concurrence interbrand comme le leur permettrait cette nouvelle organisation. En effet, la déconnexion entre vente et après-vente risque d'avoir diverses conséquences pour les consommateurs :

- ✓ ils risquent de s'adresser à des réparateurs qui n'auront pas nécessairement les pièces nécessaires pour effectuer le travail (contrairement aux concessionnaires des réseaux qui ont l'obligation d'avoir en stock certaines pièces). Ceci engendrera une attente supplémentaire.
- ✓ en cas de litiges nés de contrôles mal effectués, la recherche de responsabilité risque d'être compliquée
- ✓ la couverture géographique risque de pâtir de ce découplage
- ✓ la déconnexion entre vente et après-vente serait susceptible de faciliter la création de monopoles de services locaux, lesquels pourraient dès lors imposer leurs prix

L'on peut d'autant plus douter de la traduction de ce réaménagement dans les faits que les consommateurs européens plébiscitent le lien vente / après-vente en raison de la spécificité du produit⁷². Les véhicules automobiles mettant en jeu la sécurité de personnes humaines, il

⁷¹ En 2000, une chute de 1,3% a été enregistrée sur le marché de la recharge en raison de la fiabilité croissante des équipements (chiffre fourni par le ministère de l'industrie : <http://www.industrie.gouv.fr/observat/chiffres/pdf/panorama/automob.pdf>.

⁷² C'est ce que prouve le sondage Taylor Nelson Sofres sur la perception de la distribution automobile en Europe. Cette enquête a été réalisée au second semestre 2000 sur 4000 interviewés (800 par pays) dans cinq pays : Allemagne, Espagne, France, Italie et Royaume-Uni ; les résultats ont été publiés le 18 janvier 2001 (disponibles sur <http://www.sofres.com/etudes/auto>). Une moyenne de 73% des consommateurs européens

faut que les utilisateurs finals aient confiance en la personne à qui ils en confient l'entretien ou la réparation. Il est fort probable que les constructeurs aient gagné leur confiance. Par exemple, ce sont les constructeurs qui initient les actions de rappel. Si celles-ci sont la preuve que le défaut zéro n'existe pas, elles prouvent aussi que les constructeurs veillent attentivement à ce que les véhicules ne soient pas dangereux une fois mis en circulation.

Puisque le règlement 1400/2002 permet au distributeur automobile d'une part de proposer aux consommateurs des véhicules de différentes marques et d'autre part de se contenter de vendre le véhicule sans assurer le service après-vente, la relation entre consommateur et distributeur est modifiée. Mais s'agit-il d'une simple modification ou d'une modification annonçant la remise en cause de l'existence même du concessionnaire traditionnel ?

B. **Vers la substitution du distributeur par le "revendeur hors réseau" ?**

Toujours dans l'objectif de renforcer la concurrence et avec pour objectif final la réalisation du marché intérieur de l'automobile (avec la disparition des forts écarts de prix actuellement existant entre Etats membres), le règlement 1400/2002 cherche à faciliter les activités de certains revendeurs hors réseau. Certes, le revendeur hors réseau ne peut en principe distribuer des véhicules (1), mais ce principe est assoupli lorsque le revendeur hors réseau s'avère être un mandataire (2), auquel cas il prend la place du concessionnaire.

1) *Une substitution en principe impossible*

En principe, les membres du réseau ont l'interdiction de vendre des produits contractuels à des revendeurs hors réseau⁷³. Le règlement 1400/2002 apporte une nuance à ce principe : un constructeur qui aurait opté pour un système de distribution exclusive ne pourrait pas empêcher ses distributeurs de revendre à des distributeurs hors réseau⁷⁴. C'est là une différence importante avec le règlement 1475/95 que la Commission justifie par le fait que ces revendeurs hors réseau tireraient profit des différences de prix et joueraient un rôle important dans le commerce parallèle.

Cette interdiction de revente à des revendeurs hors réseau n'a rien d'exceptionnel⁷⁵ et se justifie par le caractère sélectif de la distribution automobile. Elle paraît d'autant plus nécessaire que les automobiles sont des produits complexes, potentiellement dangereux. Par conséquent, il est tout à fait justifié de procéder à une sélection des distributeurs en fonction de leur capacité à assurer un service fiable et de qualité. L'exclusion des revendeurs hors réseau se justifie en outre par le fait qu'il ne faudrait pas qu'un revendeur non agréé puisse bénéficier des investissements (souvent lourds) des distributeurs agréés sans en supporter le coût, d'autant plus que les distributeurs agréés sont les porte-drapeaux de l'image de marque des constructeurs et que celle-ci pourrait pâtir de l'intervention de revendeurs non agréés ne répondant pas aux critères posés par le constructeur. Que des revendeurs hors réseau puissent indûment bénéficier de lourds investissements faits par les membres du réseau ainsi que de

choisit le réseau de marque où elle a acheté son VN pour le faire entretenir et réparer. Même quand la période de garantie est expirée, ils sont encore 59% à privilégier le réseau de marque. L'on peut toutefois déceler de petites nuances dans le degré d'attachement au couplage vente / après-vente entre les Etats membres : 77% en Allemagne, 65% en France, 55% au Royaume-Uni, 54% en Italie, 52% en Italie.

⁷³ Cf. art.3, sous 10) du règlement 123/85 et art.3, sous 10) du règlement 1475/95

⁷⁴ Cf. art.4, §1, sous b)iii) du règlement 1400/2002

⁷⁵ Elle se retrouve par exemple en droit français (cf. art.L.442-6, I, 6°) du Code de commerce)

l'image de marque du constructeur leur a valu le sobriquet de "passagers clandestins" (ou "free riders"). En droit français, on serait tenté de parler de concurrence déloyale.

Cette interdiction de vendre à des revendeurs hors réseau a pour conséquence un léger aménagement de la règle de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle et notamment du droit de marque. En règle générale, une fois que le propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle (une marque par exemple) a mis en circulation ou a consenti à la mise en circulation d'un produit incorporant son droit sur le territoire de l'UE, son droit s'épuise. Mais, en matière de distribution automobile, la possibilité offerte au constructeur d'interdire à ses distributeurs de revendre des produits contractuels à des revendeurs hors réseau permet au titulaire de la marque de conserver un certain contrôle sur les commercialisations postérieures à la première mise en circulation, en dépit de la règle de l'épuisement des droits⁷⁶.

Les ventes à des revendeurs hors réseau sont certes interdites en principe, mais cette interdiction n'emporte pas l'interdiction de l'activité de revendeur hors réseau.

Un règlement d'exemption n'a pour objet que de fixer les conditions auxquelles certains accords sont licites au regard des règles de concurrence. Par conséquent, il ne peut réglementer l'activité des tiers au contrat⁷⁷. L'exemption de l'interdiction faite aux membres d'un réseau de vendre à des revendeurs hors réseau ne peut donc être interprétée comme interdisant per se l'activité de revendeur hors réseau qui est – par définition – un tiers au contrat.

La France s'est prononcée dans le même sens en décidant que le fait pour un tiers de revendre des produits acquis en dépit de l'exclusivité accordée aux concessionnaires ne constitue pas en lui-même un acte de concurrence déloyale⁷⁸. Toutefois, aujourd'hui, cette position classique se heurte en France à l'article L.442-6, I, 6°, C.com (ex art. 36-6° de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 introduit par la loi du 1^{er} juillet 1996) qui pose le principe de la prohibition de la tierce complicité en cas de violation d'une interdiction de revente hors réseau par un distributeur licitement tenu à une telle obligation⁷⁹. Si la notion de tierce complicité suppose la preuve que le tiers connaissait l'existence de la clause transgressée, le

⁷⁶ Cet aménagement de la règle de l'épuisement des droits est rendu possible en droit français par l'article L-713-4 CPI qui prévoit – parallèlement à la règle de l'épuisement – que le titulaire de la marque peut s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation s'il justifie de motifs légitimes. La liste d'exemples de motifs légitimes donnée par le CPI n'étant pas exhaustive, l'existence d'un réseau de distribution peut constituer un motif légitime. C'est en tout cas la conclusion de la CA de Paris dans un arrêt du 1^{er} octobre 1997. En l'espèce, Finetti avait continué à commercialiser des Vespa en dépit de la cessation de son contrat en s'approvisionnant auprès des distributeurs agréés. Les juges français ont conclu à la commission d'un acte de contrefaçon.

⁷⁷ Relevons tout de même que si l'affirmation selon laquelle un règlement d'exemption ne vise pas à réglementer l'activité des tiers est tout à fait justifiée, elle est beaucoup plus critiquable dans le contexte de la distribution automobile. Ce règlement d'exemption se distingue en effet des autres règlements d'exemption par son caractère excessivement détaillé qui le transforme presque en contrat-type et il n'hésite pas à définir le statut de tiers au contrat tels que le mandataire.

⁷⁸ Cass.com., 9 juillet 1996, Syndicat des professionnels européens de l'automobile (SPEA) c/ Conseil national des professions de l'automobile (CNPA), n°94-14.786, n°94-14.787, n°94-14.723, Bull.civ. IV, n°204 (D.1996, IR, 212 ; D.1997, Somm., p.56, obs. D. FERRIER ; JCP éd.E, 25 juin 1998, n°26, pp.1044-1047, obs. J.-C. FOURGOUX) ; Cass.com., 15 octobre 1996, Sté Espace Diffusion c/ Sté Garage Chabas et a., n°94-19.646 (Cont.conc.consom., 1997, n°205, obs. L. VOGEL ; D.aff., 1997, n°1, pp.24-25) ; Cass.com., 10 février 1998, Givry c/ Sodirac, n°418P (note de J.-C. FOURGOUX, JCP éd.E, 25 juin 1998, n°26, pp.1044-1047) ; Cass.com.13 janvier 1998, Direct Auto Diffusion-Lezeau c/ CNPA, pourvoi n°96-10780, inédit (Cont.conc.consom., avril 1998, n°61, pp.13-15, obs. L. VOGEL) ; Cass.com., 13 janvier 1998, L'Océane Automobiles c/ Sorin n°95-13.425 (Cont.conc.consom., avril 1998, n°61, pp.13-15, obs. L. VOGEL). Voir aussi : Rép.min. n°36625, JOAN Q, 19 août 1996, p.4505 (rapportée au D.aff., 1997, n°5, pp.150-151)

⁷⁹ Cette position avait déjà été défendue par les juges français, notamment par la 4^{ème} ch.A de la CA de Paris dans son arrêt Sté Piaggio et CSPA du 1^{er} octobre 1997).

simple fait de s'adresser à un concessionnaire apporte la preuve que le tiers a sciemment méconnu l'obligation contractuelle de son fournisseur.

Si le principe d'interdiction est dénué d'ambiguïté, encore faut-il – pour qu'il soit effectif – que l'on sache si l'on a affaire ou non à un revendeur hors réseau. C'est la délicate question de la qualification qui apparaît. L'enjeu de cette qualification est important : si le concessionnaire est face à un revendeur hors réseau, il pourra lui opposer un refus de vente ; dans le cas contraire, il ne pourra pas refuser de lui vendre des produits contractuels.

La principale difficulté rencontrée concernant la question de la qualification de "revendeurs hors réseau" a concerné les sociétés de crédit-bail ou de leasing indépendantes : devaient-elles être qualifiées de revendeurs hors réseau ou d'utilisateurs finals ? La réponse est venue de la CJCE dans ses arrêts Volkswagen⁸⁰ et BMW⁸¹ du 24 octobre 1995 : les entreprises de leasing doivent être considérées comme de simples utilisateurs sauf si les contrats qu'elles concluent avec leurs clients contiennent une clause de transfert de propriété ou une option d'achat, auxquels cas elles doivent être assimilées à des revendeurs. Cette solution se comprend aisément : dès lors que le contrat de leasing comporte un transfert de propriété ou une option d'achat, l'objet principal du contrat est plutôt le transfert de la propriété que la concession de l'usage du produit. Par conséquent, le contrat de leasing se rapproche du contrat de vente.

Rendue dans le cadre du règlement 123/85, la solution dégagée par la CJCE est corroborée et précisée par le règlement 1475/95⁸² et le règlement 1400/2002 qui dispose que sont des utilisateurs finals "*les sociétés de crédit-bail, 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*"⁸³. Dans la décision rendue par la Commission dans l'affaire DaimlerChrysler⁸⁴, ces règles ont été précisées.

En pratique, permettre au constructeur d'interdire aux membres de son réseau de vendre à des revendeurs hors réseau ne suffit pas : non seulement certains de ces membres seront amenés à violer leurs obligations contractuelles car ils penseront avoir affaire à une personne à qui ils ne peuvent opposer un refus de vente (par exemple un consommateur ou un mandataire), mais en plus le revendeur hors réseau pourra aussi s'approvisionner auprès de tiers au réseau et fausser ainsi la concurrence intramarque. C'est donc a posteriori – après que la revente a eu lieu – que l'on cherchera à montrer que l'intermédiaire s'est livré à des activités illicites.

Le juge a décidé qu'il appartenait à l'intermédiaire en question de prouver la licéité de ses agissements⁸⁵, c'est-à-dire qu'il lui faut prouver qu'il a licitement acquis les biens. Il ne lui incombe toutefois pas de rapporter la preuve de l'acquisition régulière des véhicules litigieux par le vendeur auquel il s'est adressé, cette recherche incombe aux concessionnaires ou

⁸⁰ CJCE, 24 octobre 1995, Bundeskartellamt c/ Volkswagen AG & VAG Leasing GmbH, aff.C-266/93 (Rec.I-3477)

⁸¹ CJCE, 24 octobre 1995, Bayerische Motorenwerke AG c/ ALD Auto-Leasing D GmbH, aff.C-70/93, Rec.I-3439 (Cont.conc.consom., 1995, comm.207, obs. Vogel ; RMC, février 1997, n°405)

⁸² Cf. art.10, sous 12) in fine du règlement 1475/95

⁸³ Cf. art.1, §1, sous w) du règlement 1400/2002

⁸⁴ Déc. DaimlerChrysler, 10 octobre 2001, aff.COMP/36.246 (non publiée ; Comm.presse n°IP/01/1394 ; "The fourth prohibition decision in the area of car distribution in four years : this time it's Mercedes' turn ", H. GAMBS et K. SCHUMM, Competition Policy Newsletter, février 2002, n°1)

⁸⁵ Cass.com., 26 janvier 1999, Sté automobiles Jean-Yves c/ Sté Armorique autos et a., n°97-10.964, Bull.civ. IV, n°29, p.23 (Lamy dr.éco., février 1999, n°114, pp.1-3 ; JCP éd.E, 1999, p.493, obs. J.-Cl. Fourgoux ; Rev. Lamy dr. aff., 1999, n°15, n°933, obs. P. Storrer ; D., 1999, Somm.comm., pp.241-243, obs. I. Omarjee ; D.aff., 1^{er} avril 1999, n°155, Europe, juin 1999, p.14) ; Cass.com., 26 janvier 2000

constructeurs⁸⁶. Pour prouver qu'il a acquis les véhicules licitement, il lui faut indiquer sa source d'approvisionnement : tout refus de sa part sera constitutif d'un acte de concurrence déloyale⁸⁷. Dès lors, deux hypothèses sont envisageables :

- ✓ soit le revendeur hors réseau déclare s'être approvisionné auprès d'un concessionnaire

Dans ce cas, il n'y a pas de difficulté : le revendeur hors réseau engage sa responsabilité délictuelle (cf. article L.442-6, I, 6°), C.com).

Si l'illicéité de l'approvisionnement auprès de concessionnaires semble acquise, deux (2) récents arrêts de la Cour de cassation française viennent semer le trouble. Dans ses arrêts Pointoiseau du 9 octobre 2001⁸⁸ et VAG c/ Espace import international du 4 décembre 2001⁸⁹, elle laisse entendre qu'un revendeur hors réseau peut montrer qu'il a régulièrement acquis les produits qu'il revend en prouvant qu'il se les est procurés sur un réseau parallèle (ce qui n'a rien de surprenant) ou bien auprès d'un autre concessionnaire. Or, comme on vient de le dire, le simple fait de s'approvisionner auprès d'un concessionnaire semble fautif. Faut-il supposer que la Cour de cassation a entendu introduire une version déformée de la distinction entre ventes actives et ventes passives ? Si tel est le cas, cela signifierait qu'un revendeur hors réseau pourrait licitement s'approvisionner en véhicules auprès d'un concessionnaire dès lors qu'il les revend en dehors de la zone réservée au concessionnaire en question ("vente passive" déformée) alors que son approvisionnement deviendrait illicite s'il le faisait auprès d'un concessionnaire implanté dans la zone dans laquelle il entend revendre les produits ("vente active" déformée).

- ✓ soit le revendeur déclare s'être approvisionné auprès d'un tiers au réseau

Il semble dans ce cas que la source d'approvisionnement soit licite. Elle ne devient irrégulière que lorsque les conditions dans lesquelles les produits ont été vendus sont constitutives d'actes de concurrence déloyale au sens du droit interne. Tel serait par exemple le cas si le revendeur hors réseau se livrait à une publicité trompeuse génératrice de confusion entre le revendeur et les concessionnaires.

Le réseau de distribution étant protégé par l'interdiction de vendre à des revendeurs hors réseau, il convient de susciter la concurrence entre les membres de ce réseau. Cela est permis par l'exception au principe de l'interdiction des ventes à des revendeurs hors réseau.

⁸⁶ Cass.com., 26 janvier 1999, Sté automobiles Jean-Yves c/ Sté Armorique autos et al., n°97-10.964, Bull.civ. IV, n°29, p.23 (Lamy dr.éco., février 1999, n°114, pp.1-3 ; JCP éd.E, 1999, p.493, obs. J.-Cl. Fourgoux ; Rev. Lamy dr. aff., 1999, n°15, n°933, obs. P. Storrer ; D., 1999, Somm.comm., pp.241-243, obs. I. Omarjee ; D.aff., 1^{er} avril 1999, n°155, Europe, juin 1999, p.14) ; Cass.com., 19 octobre 1999, Le Brasseur c/Sté Automobile des Garages Sorin (arrêt 1643P) (D. 2000, n°3 ; RTDCom, janvier-mars 2000, pp.256-257) ; Cass.com., 25 avril 2001, Syndicat des Professionnels Européens de l'Automobile (SPEA) c/ Conseil national des professions de l'automobile (CNPA), n°98-21.559 (Lamy dr.éco., mai 2001, n°139, pp.9-10 ; Cont.conc.consom., juillet 2001, pp.19-21 ; Jur.auto., n°726, janvier 2002, pp.44-45 ; EEC, 2002, pp.154-156) ; Cass.com., 9 octobre 2001, Sté Pointoiseau Automobiles c/Sté Central gestion "Central garage" et autres (Juris-Data n°2001-011371) (Jur.auto., n°726, janvier 2002, p.45 ; Cont.conc.consom., janvier 2002, pp.23-25)

⁸⁷ Cass., com., 27 octobre 1992, Nina Ricci, Bull.civ.IV, n°236 (Cont.conc.consom. 1992, n°225 ; D. 1992, p.505, note A. Bénabent).

⁸⁸ Cass.com., 9 octobre 2001, Sté Pointoiseau Automobiles c/Sté Central gestion "Central garage" et autres (Juris-Data n°2001-011371) (Jur.auto., n°726, janvier 2002, p.45 ; Cont.conc.consom., janvier 2002, pp.23-25)

⁸⁹ Cass.com., 4 décembre 2001, Sté Volkswagen France (VAG) c/ Sté Espace import international, pourvoi n°99-10909, n° 2022 F-D, inédit (Juris-Data n°2001-012143) (Cont.conc.consom., avril 2002, pp.31-32)

2) Une substitution exceptionnellement possible

Le principe de l'interdiction de revente hors réseau connaît une exception pour une catégorie de tiers : les mandataires⁹⁰. Quand un distributeur a affaire à un mandataire, il ne peut lui opposer un refus de vente. Cette entorse au principe s'explique par la volonté de favoriser la concurrence intrabrand dans le but de permettre la réalisation du marché intérieur⁹¹. Le cœur du problème est de cerner cette catégorie de tiers. Pour cela, il faut distinguer la situation jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement 1400/2002 de la situation qui devrait prévaloir sous l'empire du règlement 1400/2002.

✓ Jusqu'en 2002

La raison d'être des mandataires est à rechercher dans l'existence d'importants écarts de prix entre Etats membres pour un modèle de véhicule donné. De ces différences de prix, c'est-à-dire de cette absence d'harmonisation, les consommateurs européens doivent pouvoir tirer profit. Cela suppose que les consommateurs puissent aller dans l'Etat membre de leur choix afin de se procurer le véhicule qu'il convoite au meilleur prix. Mais l'achat d'un véhicule à l'étranger n'est pas sans difficulté pour un particulier : obstacles linguistiques, normes nationales divergentes, exigences de techniques différentes, etc⁹². C'est la raison pour laquelle la Commission a institué une nouvelle profession : celle de mandataire. Le mandataire est là pour assister le consommateur dans son achat.

Le véritable et ultime objectif poursuivi par la Commission est la réalisation du marché commun. Le raisonnement est le suivant : en facilitant l'achat de véhicules à l'étranger par les particuliers grâce aux mandataires, les cloisonnements nationaux seraient mis à mal, la concurrence intrabrand aiguisée et les prix au sein de l'UE devraient ainsi s'homogénéiser⁹³. La Commission vise à faire du commerce parallèle un instrument de réalisation du marché commun⁹⁴.

Etant donné l'importance du rôle que l'on fait peser sur l'activité des mandataires et le statut préférentiel qui leur est conféré en conséquence, il convient de pouvoir les identifier et de ne pas les confondre avec des revendeurs hors réseau. Afin de distinguer les revendeurs

⁹⁰ Cf. art.3, sous 11) du règlement 123/85, repris à l'art.3, sous 11) du règlement 1475/95

⁹¹ La réalisation du marché commun dans le secteur automobile n'est pas nouveau (cf. par exemple : Résolution du Conseil du 16 mai 1994 relative à l'industrie automobile, JOCE n°C-149 du 31 mai 1994, pp.1-3)

⁹² Il convient toutefois de souligner que les difficultés tendent à s'effacer. Par exemple, l'instauration d'un système de réception communautaire en 1998 a permis la mise en circulation de véhicules automobiles fabriqués selon des normes techniques communes. Ainsi, depuis cette date, lors de l'immatriculation d'un VN acheté dans un autre Etat membre, les problèmes de conformité ne se poseront plus au consommateur et les constructeurs pourront bénéficier d'économies d'échelle car ils n'auront plus à produire des produits techniquement différenciés selon l'Etat membre de destination. Concrètement, cela signifie qu'un automobiliste français qui achète son véhicule dans un autre Etat membre n'aura plus à passer par les Mines.

⁹³ En réalité, la Commission réglemente indirectement et sans le dire les prix automobiles dans l'UE. L'on peut s'en étonner lorsque l'on sait qu'en 1982 – en réponse à une question écrite – elle s'exprimait en ces termes, après avoir dénoncé des différences de prix excessives entre Etats membres pour les automobiles d'une même marque : " *le Traité des C.E.E. n'offre aucun fondement juridique pour engager une action dans le domaine de la réglementation des prix dans l'industrie automobile à l'échelon communautaire* " (Question écrite n°1527/81 de M. Collins à la Commission ; JOCE n°C-98 du 19 avril 1982, p.3).

⁹⁴ La Commission a toujours cherché à protéger la possibilité d'importations parallèles car " *celle-ci doit [...] constituer un correctif à des prix excessifs [...] et donc être un élément d'équilibre des prix dans un marché unifié présentant les caractéristiques d'un marché intérieur* " (I^{er} Rapport sur la politique de la concurrence, pour l'année 1971, pt.46). Voir aussi la réponse de la Commission à la question écrite n°38/78 posée par M. Willi Müller le 22 mars 1978 (JOCE n°C-164/35 du 10 juillet 1978, p.36).

hors réseau – "passagers clandestins" – des mandataires, il faut poser des critères. C'est ce à quoi la Commission s'est employée par le biais de trois textes :

- ✓ le règlement d'exemption lui-même : le tiers qui se présente comme mandataire doit pouvoir justifier d'un mandat écrit en vue de l'achat ou de la livraison d'un véhicule déterminé pour le compte d'une personne identifiée⁹⁵. Le principal critère de distinction apparaît : alors que le revendeur hors réseau achète des produits en son nom et pour son compte dans le but de les revendre à des utilisateurs finals non identifiés au moment de son achat, le mandataire achète au nom et pour le compte d'un utilisateur final déterminé. Par conséquent, tous les rapports juridiques qui naissent de l'acte ou des actes accompli(s) par le mandataire s'établissent directement entre le mandant et le tiers concerné, le mandataire y restant extérieur⁹⁶. Le rôle du mandat écrit est d'empêcher un tiers de prétendre acheter un véhicule au nom d'un automobiliste alors qu'il l'achète pour son compte en vue de constituer un stock.
- ✓ la Communication de la Commission du 18 juin 1985⁹⁷ : est exclu du statut de mandataire tout tiers exerçant une "*activité équivalente à la revente*". C'est sur cette dernière notion que – dans l'affaire ECO System – la société Peugeot s'était fondée pour interdire à ses concessionnaires belges, français et luxembourgeois de vendre des VN à la société ECO System qui exerçait son activité de mandataire à titre professionnel. Le TPI a estimé en avril 1993⁹⁸ qu'un intermédiaire est un mandataire dès lors que la facture est établie au nom du client final, que l'intermédiaire ne donne pas de garantie technique, qu'il ne court pas de risque de disposition ou d'invendu, qu'il lui est impossible de disposer des véhicules ou de les faire vendre en cas d'insolvabilité de l'utilisateur final ou de refus d'exécution du mandat et qu'il n'effectue pas de démarchage commercial. L'octroi d'un crédit pendant le délai qui sépare le moment de l'achat par le mandataire de celui du remboursement par l'utilisateur, de même que le paiement d'une commission au mandataire, n'altère pas la qualification juridique de mandat. Enfin, le juge communautaire précise que ce n'est pas parce que le mandataire est mandaté par un grand nombre de mandants qu'il devient un revendeur indépendant⁹⁹.
- ✓ la Communication de la Commission du 18 décembre 1991¹⁰⁰ : sont exposés des critères permettant de présumer – jusqu'à preuve du contraire – qu'un prétendu mandataire a outrepassé les activités qu'il peut exercer. L'organisation d'un réseau de franchisés, l'exposition de véhicules dans des locaux où s'exerce l'activité principale d'une grande surface, la publicité rendant possible la confusion avec un revendeur¹⁰¹ constituent des exemples de tels critères. En outre, cette

⁹⁵ Cf. art.3, sous 11) du règlement 123/85, repris à l'article 3, sous 11) du règlement 1475/95

⁹⁶ TPI, 22 avril 1993, Peugeot c/ Commission, aff.T-9/92, Rec.II-493

⁹⁷ JOCE n°C-17 du 18 janvier 1985, p.5

⁹⁸ TPI, 22 avril 1993, Automobiles Peugeot SA et Peugeot SA c/ Commission (Eco System), aff.T-9/92 (Rec.II-493). Cet arrêt a été rendu suite au recours de Peugeot formé contre la décision ECO System rendue par la Commission le 4 décembre 1991.

⁹⁹ CJCE, 16 juin 1994, Peugeot c/ Commission, aff.C-322/93P (Rec.I-2727). Cet arrêt a été rendu sur pourvoi de Peugeot contre l'arrêt du TPI du 22 avril 1993.

¹⁰⁰ Communication n°91/C329/06 du 4 décembre 1991 relative à la clarification de l'activité des intermédiaires en automobile (JOCE n°C-329 du 18 décembre 1991, p.20) (Cont.conc.consom., janvier 1992, n°12, pp.11-12 ; RTDCom., octobre-décembre 1992, pp.935-938)

¹⁰¹ C'est sur ce critère que la CA de Grenoble a condamné un intermédiaire qui créait une confusion dans l'esprit du public : " *Par son laconisme, la publicité faite par Danielle P. dans le journal 'Auto Plus' est de nature à induire en erreur sur les conditions et procédés de vente, sur la portée des engagements pris par*

Communication interdit aux mandataires d'établir avec les entreprises membres de réseaux de différents constructeurs des "relations privilégiées et contraires à des obligations contractuelles souscrites dans le cadre du règlement (CEE) n°123/85 ... " et la Commission précise que "...la fourniture par un concessionnaire agréé de plus de 10% de ses ventes annuelles à un même mandataire crée une présomption de relations privilégiées..."¹⁰². La charge de la preuve de ces différentes présomptions repose sur les membres du réseau et elle sera souvent difficile à apporter.

Depuis le 1^{er} octobre 2002, un quatrième texte est à prendre en considération : le règlement 1400/2002 qui élargit la notion de mandataire.

✓ Depuis 2002

Le règlement 1400/2002 étend la notion de mandataire. Force est de constater que l'institutionnalisation des mandataires n'a pas eu l'effet escompté par la Commission. Alors que celle-ci espérait provoquer une homogénéisation des prix dans l'UE par une concurrence intrabrand accrue sous l'effet de l'activité des mandataires, les écarts de prix entre Etats membres persistent¹⁰³. Il faut toutefois lire ces chiffres avec prudence. En effet, il s'agit de prix catalogue et non des prix réellement payés par les acheteurs.

Comment expliquer que les moyens mis en œuvre par la Commission n'aient pas suffi à faire diminuer les écarts de prix entre Etats membres ? La raison le plus fréquemment invoquée épingle les différences de taxations entre Etats membres¹⁰⁴. Les taxes grevant l'achat d'un VN n'étant pas harmonisées, les prix hors taxes varient sensiblement d'un Etat membre à un autre afin d'amortir l'effet des taxes et de rester compétitifs : dans les pays ayant les taxes les plus élevées, les prix hors taxes sont donc bas. Bien que les différentes fiscales aient très certainement leur part de responsabilité dans les différences de prix, elles ne fournissent pas une explication pleinement satisfaisante¹⁰⁵.

l'annonceur ainsi que sur ses qualités et aptitudes. " (8 juillet 1992, SA Richard-Nissan c/ Danielle P. (Cont.conc.consom., juin 1993, comm.109)

¹⁰² Cf. Pt.2, c) de la Communication

¹⁰³ Cf. les rapports semestriels de la Commission sur les écarts de prix, disponibles sur <http://europa.eu.int/comm.competition>.

¹⁰⁴ D'autres facteurs sont avancés pour expliquer les différences de prix entre Etats membres :

- le règlement d'exemption lui-même et le système de distribution automobile qu'il permet. Mais aucun lien de cause à effet n'a jamais été prouvé entre le règlement et les différences de prix.

- les fluctuations monétaires ? Mais, si elles peuvent en partie expliquer les écarts de prix entre Etats membres, elles ne peuvent pas complètement les expliquer. En effet, si elles étaient les seules responsables de ces différences de prix, l'introduction de l'euro comme monnaie unique dans douze (12) Etats membres en 1999 et dans un treizième en 2000 (en Grèce) aurait dû lisser ces écarts. Or, cela n'a pas été le cas.

- l'absence de ventes croisées au sein d'un même réseau afin de tirer profit des écarts de prix
- l'interdiction pour les distributeurs de procéder à des ventes actives en dehors de leur territoire d'exclusivité

- l'interdiction pour les distributeurs de vendre à des revendeurs hors réseau

¹⁰⁵ Peut-être évaluera-t-on mieux la part de la fiscalité dans les différences de prix lorsque la Commission présentera sa Communication sur la fiscalité automobile. Elle avait annoncé qu'elle la présenterait avant la fin 2001 ou au début 2002 (Question écrite P-3479/00 posée par Ari Vatanen (PPE-DE) à la Commission le 31 octobre 2000 ; Réponse donnée par M. Bolkestein au nom de la Commission le 8 décembre 2000, JOCE n°C-163 E du 6 juin 2001, pp.133-134 et Question écrite P-1792/01 posée par Konstantinos Hatzidakis (PPE-DE) à la Commission le 12 juin 2001 ; Réponse donnée par M. Bolkestein au nom de la

Il s'avère en effet que les Etats où les prix sont les plus bas sont des Etats qui ont des importateurs (Danemark, Espagne, Portugal, Irlande). En revanche, les prix les plus élevés se trouvent sur les marchés nationaux des constructeurs (France, Allemagne, Italie, Royaume-Uni). Les importateurs ont en effet su saisir au bon moment certaines opportunités. Lorsque les constructeurs ont été confrontés à la surproduction, les importateurs se sont (généreusement !) proposés pour acheter les véhicules en surabondance et les distribuer sur leurs marchés respectifs. Inutile de dire que cela fut positivement accueilli par les constructeurs. Ayant obtenu ces véhicules à des prix intéressants (car la loi de l'offre et de la demande commandait une baisse des prix), les importateurs ont pu offrir les véhicules à des prix plus intéressants pour le consommateur. Un autre élément appuie l'explication proposée : il n'est pas rare de chercher à expliquer le niveau élevé des prix au Royaume-Uni par le fait que seuls les Britanniques conduisent à droite. Mais comment cette explication pourrait-elle tenir puisque bien que l'Irlande connaisse elle aussi la conduite à droite, les prix n'y sont pas aussi élevés qu'au Royaume-Uni. La seule explication possible est que le marché britannique est national alors que l'Irlande a des importateurs.

Il découle de ce qui précède que la façon la plus convaincante d'expliquer les importantes différences de prix constatées sur le marché européen est l'existence d'importateurs. Quelle que soit la (ou les) raison(s) de ces écarts de prix, la Commission a voulu agir plus vigoureusement pour tenter d'atténuer ces différences.

Mais pourquoi étendre la notion de mandataire alors que cela pourrait multiplier les risques de confusion entre revendeurs hors réseau et mandataires ? Avec le règlement 1400/2002, les Communications de 1985 et 1991 présentées plus haut sont supprimées. En conséquence, la règle des 10% qui empêche un mandataire de représenter plus de 10% des ventes annuelles d'un concessionnaire donné disparaît. Cela laisse une plus grande marge de manœuvre aux mandataires et leur permet de développer librement leurs activités, au profit des consommateurs.

Toutefois, le CES considère que la Commission devra adopter des lignes d'orientations précisant notamment les caractéristiques du mandat¹⁰⁶. Par exemple, pourrait-on envisager qu'un consommateur mandate un mandataire par Internet : une signature électronique pourrait-elle – en vertu de la directive du 30 novembre 1999¹⁰⁷ - remplacer une signature manuscrite du mandant sur le mandat ? On ne voit pas de raison de répondre par la négative d'autant plus que le règlement 1400/2002 ne fait plus mention de la nécessité de produire un mandat écrit. N'est-ce pas là la porte ouverte aux "passagers clandestins" ? Il leur sera en effet très facile de prétendre agir en tant que mandataires alors qu'ils constitueront des stocks en vue de la revente.

En dépit d'un effort manifeste pour provoquer une harmonisation des prix en Europe par le biais des mandataires, il n'est pas certain que la Commission aboutisse à ses fins. En effet, aussi étonnant que cela puisse paraître, le sondage Taylor Nelson Sofres relatif à la perception de la distribution automobile en Europe¹⁰⁸ révèle que seulement 50% des consommateurs européens perçoivent une importante différence de prix entre Etats membres et seulement 20% en moyenne jugent les différences de prix entre Etats membres anormales

Commission le 17 juillet 2001, JOCE n°C-364 E du 20 décembre 2001, p.207). Mais tel n'a pas été le cas à notre connaissance.

¹⁰⁶ Cf. Avis du CES du 29 mai 2002

¹⁰⁷ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JOCE n°L-13 du 19 janvier 2000, pp. 12-20)

¹⁰⁸ Cette enquête a été réalisée au second semestre 2000 sur 4000 interviewés (800 par pays) dans cinq pays : Allemagne, Espagne, France, Italie et Royaume-Uni ; les résultats ont été publiés le 18 janvier 2001 (disponibles sur <http://www.sofres.com/etudes/auto>).

ou injustifiées¹⁰⁹ : même les consommateurs britanniques qui sont particulièrement sensibles et sensibilisés (par les médias) aux disparités ne jugent ces dernières anormales qu'à 36%. D'ailleurs, seuls 3% des consommateurs européens expriment l'intention de recourir à un concessionnaire à l'étranger ou à un mandataire lors de leur prochain achat¹¹⁰. Or, la réglementation ne peut pas tout faire ; si elle n'est pas suivie par la pratique, elle ne pourra s'imposer : 3%, c'est bien peu pour faire réellement changer les choses... Si l'évolution ne vient pas spontanément des consommateurs, la Commission cherche en tout cas à éviter autant que possible toute entrave à la circulation des utilisateurs finals, laquelle est un facteur important de la concurrence intrabrand¹¹¹. L'actualité illustre à nouveau cette volonté : la Commission européenne a confirmé le 7 avril dernier avoir mené des inspections chez Peugeot en France en Allemagne, aux Pays-Bas et au Danemark afin de s'assurer que le constructeur n'entrave pas "la liberté des clients d'acheter leur voiture dans l'Etat de leur choix". Volkswagen et DaimlerChrysler ont déjà été condamnés par la Commission à de très lourdes amendes – respectivement en 1998¹¹² et en 2001¹¹³ - pour avoir entravé cette liberté.

Certes, il n'y a peut-être plus de modèle unique imposé dans la distribution automobile mais il semble que le règlement de 2002 soit le terreau d'un modèle unique de fait. Ce nouveau modèle unique présenterait des caractéristiques différentes de celles du modèle unique imposé avant 2002 tant dans les rapports du distributeur avec le constructeur que dans les rapports du distributeur avec le consommateur. La relation constructeur / distributeur sera désormais caractérisée par la sélectivité (et non plus par un cumul de la sélectivité et de l'exclusivité) et par une relation beaucoup plus équilibrée entre les deux parties. Quant à la relation distributeur / consommateur, elle devrait être distendue dans la mesure où le distributeur pourra ne plus assurer le service après-vente et dans la mesure où le consommateur pourrait se tourner plus facilement vers des mandataires.

¹⁰⁹ 36% au Royaume-Uni, 29% en France, 22% en Allemagne, 8% en Italie et 6% en Espagne

¹¹⁰ 6% au Royaume-Uni et en France, 3% en Allemagne, 1% en Italie et en Espagne

¹¹¹ C'est un leitmotiv de la Commission. Par exemple : les "*importations parallèles [...] contribuent à l'interpénétration économique et au décloisonnement des marchés nationaux. Les importations parallèles représentent un instrument essentiel à l'harmonisation du marché intérieur européen. Cette harmonisation apporte des avantages tant aux producteurs communautaires, qui bénéficient de l'élargissement de leur marché naturel, qu'aux consommateurs qui souhaitent pouvoir acheter des véhicules dans l'Etat membre de leur choix*" (Réponse de M. Van Miert au nom de la Commission à la question écrite E-3603/95 de M. Raymond Chesa (UPE), JOCE n°C-112 du 17 avril 1996, p.52) ; "*l'ouverture du marché devrait déboucher sur une concurrence accrue et, de fait, permettre aux consommateurs d'acheter plus facilement leur voiture dans la Communauté là où les prix sont les plus avantageux*" (Réponse de M. Van Miert au nom de la Commission à la question écrite E-1851/98 de M. Graham Mather (PPE), JOCE n°C-31 du 5 février 1999, pp.90-91)

¹¹² Déc. Volkswagen, 28 janvier 1998, n°98/273/CE (IV/35.733), JOCE n°L-124 du 25 avril 1998, p.76 (Europe, juin 1998, pp.13-14, obs. L.IDOT ; Cont.conc.consom., octobre 1998, pp.14-15, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO ; RDAI, n°7, 1998, p.816 ; RTDCom., octobre-décembre 1998, pp.989-990 ; RDC-TBH, octobre 1998, n°10, pp.690-692)

¹¹³ Déc. DaimlerChrysler, 10 octobre 2001, aff.COMP/36.246 (non publiée ; Comm.presse n°IP/01/1394 ; "The fourth prohibition decision in the area of car distribution in four years : this time it's Mercedes' turn", H. GAMBS et K. SCHUMM, Competition Policy Newsletter, février 2002, n°1)

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

Ouvrages

- M.-J. KNIEBIHLER et Th. CHIEUX, Vers une nouvelle distribution automobile, 1999 (+ mise à jour de juillet 2001)
- J.-P. LAGARDE, Distribution automobile, Etudes Eurostaf (Groupe Les Echos), Décembre 1999
- C. R.A. SWAAK, European Community law and the automobile industry, Kluwer Law International, 1999
- J. et L. VOGEL, Droit de la distribution automobile, Dalloz, 1996

Articles

- P. ARHEL, "Présentation du rapport de la Commission européenne sur la distribution automobile", Rev. Lamy dr. aff., janvier 2001, n°34, pp.10-16
- P. ARHEL, "Vers l'adoption d'un nouveau règlement 'automobile'", LPA, 29 mars 2002, n°64, pp.7-15
- P. ARHEL, "Le futur règlement automobile", Lamy dr.éco., avril 2002, n°150, pp.1-7
- P. ARHEL, "104 questions / réponses sur le nouveau règlement automobile (La brochure explicative)", LPA, 27 novembre 2002, n°237, pp.7-15
- C. ARONICA, "Le contenu du règlement automobile dans le domaine de la réparation et de l'entretien automobile", LPA, 29 novembre 2002, n°239, pp.20-26
- J.-P. CHARIE, Député du Loiret, "Le maintien du règlement d'exception de la distribution automobile est justifié par les faits", 14 février 2001
- E. CHEVRIER, "La Commission européenne critique la distribution automobile", D., 2001, n°2, pp.220-221
- J.-C. FOURGOUX, "Perspectives pour la distribution automobile : l'après règlement CE 1475/95", Gaz.Pal., 23-27 décembre 2001, pp.3-6
- J.-C. FOURGOUX, "Le nouveau règlement automobile – Un texte fondamental encore évolutif", JCP éd.E, 13 juin 2002, n°24, Act.132, pp.969-972
- H. GAMBS et K. SCHUMM, "The fourth prohibition decision in the area of car distribution in four years : This time it's Mercedes' turn", Competition policy newsletter, février 2002, pp.56-58
- O. GAUCLERE, "Evolutions récentes de la jurisprudence en matière de distribution automobile", JCP éd.E, 1999, Suppl. n°5, pp.10-17
- N. GIROUDET-DEMAY, "Incidence du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque", LPA, 29 novembre 2002, n°239, pp.13-19
- R. GOYER, "La vente des automobiles après 2002", JCP éd.E, 1998, Suppl. n°5, pp.1-3
- A. HERMEL, "La distribution automobile : les programmes actuels, les réponses à venir", LPA, 22 mars 2002, n°59, pp.6-14
- L. IDOT, "Le nouveau règlement d'exemption relatif à la distribution automobile", JCP éd.E, n°50, 12 décembre 2002, Chron., 1801, pp.2000-2004
- M. MALAURIE-VIGNAL, "Présentation et commentaire du règlement 1400/2002 du 31 juillet 2002", LPA, 29 novembre 2002, n°239, pp.3-5
- M. MALAURIE-VIGNAL et Y. MAKHLOUF, "Synthèse du règlement d'exemption n°1400/2002 du 31 juillet 2002", LPA, 29 novembre 2002, n°239, pp.6-12
- B. MATHIEU, "La rupture du contrat du distributeur dans le nouveau règlement d'exemption automobile", LPA, 29 novembre 2002, n°239, pp.27-29
- K. MIDDLETON, "The legal framework for motor vehicle distribution – a new model ?", Eur.Com.LawRev., 2001, pp.3-8

- J.-M. THOUVENIN, "Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe?", RMCUE, n°447, avril 2001, pp.240-246
- L. TSORAKLIDIS, "Commission publishes a study on the future of motor vehicle distribution", Competition policy newsletter, février 2002, pp.59-60
- L. TSORAKLIDIS, "Towards a new motor vehicle block exemption – Commission proposal for motor vehicle distribution, adopted on 5 February 2002", Competition policy newsletter, juin 2002, pp.31-34
- J. et L. VOGEL, "Quelles améliorations peut-on apporter au projet de règlement sur la distribution automobile?", JCP éd.E, 16 mai 2002, n°20, pp.794-795

Autres

- Séminaire "Internet ou la révolution de la distribution automobile" du 23 février 2000, Christian NAVARRE
- "Distribution automobile : vers un nouveau règlement", BEEI, avril 2002, n°2, pp.15-16
- E. VAN GINDERACHTER, "How does European competition policy contributes to the creation of a single market for car distribution which will benefit consumers", Discours prononcé à l'occasion de la journée sur la concurrence du 9 juin 2000 à Lisbonne
- Car distribution in Europe – Between vertical agreements and customer satisfaction, L. BUZZAVO et G. VOLPATO, Berlin Meeting, November 2001, Cockeas Research network

RESSOURCES ELECTRONIQUES

- Site de l'Auto Journal : <http://www.autojournal.com>
- Site du Conseil de la concurrence : <http://www.finances.gouv.fr/conseilconcurrence/>
- Site de la DG concurrence de la Commission européenne : <http://europa.eu.int/comm/competition/>
- Site Europa : <http://europa.eu.int>
- Site de ICDP (International Car Distribution Programme) : <http://www.icdp.net>
- Site de l'Observatoire de l'Automobile : <http://www.observatoire.com>