UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

FACULTÉ DE DROIT

Année 2010

N°attribué par la bibliothèque

|__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

Discipline : Droit privé

présentée et soutenue publiquement

par

Thibaud BARRE

le 17 décembre 2010

L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU MARCHÉ DE L'AUTOMOBILE

(Contribution à l'étude du régime concurrentiel des biens complexes)

Directeur de Thèse

Monsieur le Professeur Didier FERRIER

JURY

Nicolas ÉRÉSÉO	Maître de conférences Université Strasbourg 1
Didier FERRIER	Professeur Université Montpellier 1
Philippe GRIGNON	Maître de conférences Université Montpellier 1
Yves REBOUL	Professeur Université Strasbourg 1
Jean-Pierre VIENNOIS	Professeur Université Lyon 3

UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

FACULTÉ DE DROIT

Année 2010

N°attribué par la bibliothèque

|__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

Discipline : Droit privé

présentée et soutenue publiquement

par

Thibaud BARRE

le 17 décembre 2010

L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU MARCHÉ DE L'AUTOMOBILE

(Contribution à l'étude du régime concurrentiel des biens complexes)

Directeur de Thèse

Monsieur le Professeur Didier FERRIER

JURY

Nicolas ÉRÉSÉO	Maître de conférences Université Strasbourg 1
Didier FERRIER	Professeur Université Montpellier 1
Philippe GRIGNON	Maître de conférences Université Montpellier 1
Yves REBOUL	Professeur Université Strasbourg 1
Jean-Pierre VIENNOIS	Professeur Université Lyon 3

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

À Clémentine, à mes parents.

REMERCIEMENTS

La réalisation et l'aboutissement de ce travail de recherche de quatre années ont été largement favorisés par la présence de personnes à mes côtés. Qu'elles trouvent ici toute ma reconnaissance et ma profonde gratitude pour leur soutien et leurs encouragements constants. Chacune d'elles à sa manière m'aura permis de ne jamais m'éloigner de l'objectif que je m'étais fixé de mener à terme ce projet personnel.

Je tiens dans un premier temps à remercier particulièrement Monsieur Didier FERRIER, pour la confiance qu'il m'a accordée, et la disponibilité dont il a fait preuve à mon égard. Je le remercie aussi pour la liberté d'action qu'il m'a laissée. J'ai eu son soutien autant que de besoin ainsi que la possibilité d'autonomie dans mon travail. C'est dans ce réel équilibre qui m'aura permis d'avancer sereinement que j'ai pu développer des qualités et des capacités qui me serviront bien au-delà de cette étude. Pour tout cela, je le remercie vivement.

Je souhaite également adresser toute ma reconnaissance aux enseignants que j'ai eu le plaisir de côtoyer, mais aussi au personnel administratif, lesquels, au cours de ces années, ont su instaurer une proximité et une disponibilité à mon égard, qui m'ont permis de prendre un réel plaisir à travailler au sein de l'Université de Montpellier, et d'avoir toujours ce sentiment d'évoluer dans un univers chaleureux et favorable.

Enfin, à mes proches, famille et amis, qui ont toujours fait preuve de compréhension, d'aide et d'une fidélité sans faille, j'adresse de très sincères remerciements. Leur présence à mes côtés m'a été indispensable.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Ann. Mines	Annales des mines
Ass. Plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
At. de la conc.	Ateliers de la concurrence
B2B	Business to business
B2C	Business to consumer
B2G	Business to government
Bull.	Bulletin
Bull. Joly Soc	Bulletin Joly société
CA	Cour d'appel
Cah. dr. aff.	Cahiers de droit des affaires
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cah. ind.	Cahiers de l'industrie
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CEPC	Commission d'enquête sur les pratiques commerciales
Ch. Mixte	Cour de cassation, Chambre mixte
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Comm.	Commentaire
Comm. CE	Commission des communautés européennes
Comm. comm. élec.	Communication, commerce électronique
Conc. consom.	Concurrence, consommation
Cons. Conc.	Conseil de la concurrence
Cont. conc. consom.	Contrat, concurrence, consommation
D.	Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, consommation et répression des fraudes
Dr. et nouv. tech.	Droit et nouvelles technologies
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
Dr. prat. com. int.	Droit et pratique du commerce international
Dr. et tech.	Droit et technologie
éd.	Édition
Europe	Revue Europe
Fasc.	Fascicule
Fond. R. SCHUMAN	Fondation ROBERT SCHUMANN,
Gaz. Pal.	Gazette du palais
GERPISA	Groupe d'étude et de recherche permanent sur l'industrie et les salariés de l'automobile

INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
J.-Cl.	Juris-classeur
JCP éd. E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP éd. G	Juris-classeur périodique édition générale
JDI	Journal du droit international
JO	Journal officiel
JSS	Journal spécial des sociétés
Juris. auto.	La jurisprudence automobile
La doc. fr.	La documentation française
Lamy dr. aff.	Lamy droit des affaires
Lamy dr. civ.	Lamy droit civil
Lamy dr. conc.	Lamy droit de la concurrence
Lamy dr. éco.	Lamy droit économique
Le distri. auto.	Le distributeur automobile
Lettre distrib.	Lettre distribution
LJA	Le journal de l'automobile
Mag. Enq.	Magazine enquête
Nouv. Croiss. et terr.	Nouvelles croissances et territoires
Obs.	Observation
P. Aff.	Les petites affiches
PIBD	Propriété industrielle, bulletin documentaire
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
Prob. Eco.	Problèmes économiques
Prop. Indus.	Propriété industrielle
Prop. Intell.	Propriété intellectuelle
RAE	Revue des affaires européennes
Rapp.	Rapport
RDC	Revue de droit des contrats
RD imm.	Revue de droit immobilier
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
RE	Revue économique
REI	Revue d'économie industrielle
Rep. Comm. Dalloz	Répertoire communautaire Dalloz
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Crit.	Revue critique
Rev. Enjeux	Revue enjeux
Rev. fr. gest.	Revue française de gestion
RIC	Revue internationale de la concurrence
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale F. LEFEBVRE
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
SESSI	Service des études et des statistiques industrielles
T. Com.	Tribunal de commerce
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE I. UN RÉGIME CONJONCTUREL DES ACCORDS DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE **18**

TITRE I. L'AJUSTEMENT DU RÉGIME GÉNÉRAL A LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE **20**

Chapitre I. La prise en compte des intérêts commerciaux du distributeur automobile **22**

Chapitre II. La libéralisation de la concurrence intermarques **88**

TITRE II. LE RÉÉQUILIBRAGE DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE **114**

Chapitre I. Le rééquilibrage à travers les modalités d'exécution du contrat **118**

Chapitre II. L'équilibre à travers la liberté du distributeur de céder le contrat de distribution **158**

PARTIE II. UN RÉGIME RÉFÉRENTIEL POUR LES BIENS COMPLEXES **178**

TITRE I. UNE COMPLÉMENTARITÉ DU RÉGIME AUTOMOBILE ET DU TRAITEMENT DES PLACES DE MARCHE ÉLECTRONIQUES **181**

Chapitre I. Un traitement des places de marché électroniques garant de l'égalité de traitement des fournisseurs **183**

Chapitre II. Un régime automobile libéralisant le marché des services liés d'après-vente **213**

TITRE II. UNE INSUFFISANCE DU RÉGIME APPLICABLE AUX ACCORDS DE PRODUCTION DES BIENS COMPLEXES **288**

Chapitre I. Une insuffisance constatée dans les accords de production automobile **291**

Chapitre II. Une insuffisance manifestée par le contournement du régime normalement applicable **331**

CONCLUSION GÉNÉRALE **384**

INTRODUCTION

« Qui mieux que Renault peut entretenir votre Renault ? »

1.- Voici en substance la question soulevée par la Commission européenne lorsqu'elle édicte en 2002 le règlement d'exemption par catégorie relatif aux accords verticaux[1] de production automobile 1400/2002[2]. D'ailleurs, ce slogan publicitaire marque l'inquiétude qu'a fait naître le texte chez les constructeurs automobiles quant à la politique communautaire de la concurrence, laquelle tend à remettre en cause l'idée qu'ils sont les seuls en mesure de fournir, à l'automobiliste, des services de la plus haute qualité.

L'automobile est un bien complexe[3], c'est-à-dire un bien intégrant des droits intellectuels auquel des services de réparation et d'entretien sont intrinsèquement liés en raison de leur haute technicité, rendant impossible leur réalisation par l'utilisateur final[4].

---

[1] Un accord vertical est défini par l'article premier 1. a) du règlement 461/2010 comme *« un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions*

[2] Règlement n°1400/2002 du 31 juillet 2002, concerant l'application de l'article 81, paraghraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JO n°L 203 du 01/08/2002.* Sur ce règlement voir notamment : J.-M. THOUVENIN, « Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe ? », *Rev. Marché Commun* 2001, n°447, p. 240 ; D. FERRIER, « Le nouveau règlement « automobile », après le règlement général « accords verticaux », avant un nouveau règlement « transfert de technique » », *JCP éd. E* 2002, *Cah. dr. ent. n*°5, p. 7; L. VOGEL, « Point de vue des constructeurs, faux débats et vraies questions à propos du nouveau règlement sur la distribution automobile », *Cah. dr. ent.* 2002, n°5, p. 13 ; L. VOGEL et J. VOGEL, « La distribution automobile à l'épreuve de son nouveau règlement d'exemption », chron. *Lamy dr. aff.* oct. 2002 ; J.-M. THOUVENIN et R. AUBANEL, « Le nouveau règlement automobile », *Rev. Marché Commun* 2002, n°462, p. 600 ; L. IDOT, « Le nouveau règlement d'exemption relatif à la distribution automobile », *JCP éd. E* 2002, p. 200 ; *Europe*, n°10, oct. 2002, p. 3 ; M. MALAURIE-VIGNAL « Règlement automobile, Présentation et commentaire du règlement n°1400/2002 du 31 juill. 2002 », *P. Aff.* n°239, 29 nov. 2002, p. 3 ; T. BENTEYN et P. CARLI, « Droit de la concurrence dans le secteur automobile, variations linguistiques sur un règlement communautaire », *JCP éd. E*, n°28-29, 10 juill. 2003, p 1163.

[3] L'automobile est en application de l'article 528 du Code civil un bien meuble corporel dont la vente est assimilée par la Cour de cassation à une *« vente d'une chose de genre »* : Cass. civ. 1ère, 1er déc. 1987, *RTD Civ.* 1988.368, obs. Ph. RÉMY ; Defrénois 1988, article 34157, rapp. P. SARGOS. Certains auteurs relèvent à ce propos qu'avant sa vente, l'automobile est déjà identifiable par des numéros de châssis et qu'à ce titre il s'agit d'un corps certain : D. VOINOT, V° « Automobile », *Rép. com. Dalloz*, oct. 2004.

[4] D'ailleurs, un produit complexe est défini par le parlement européen et le conseil comme « un produit se composant de pièces multiples qui peuvent être remplacées de manière à permettre le démontage et le remontage du produit » Article 1er c) de la directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 oct. 1998 sur la protection juridique des dessins et modèles, JO L 289 du 28.10.1998, p. 28.

En effet, l'importance de l'innovation technologique dans la production de ces biens complexifie la réalisation de services après-vente, pour autant indispensables. Ces services liés représentent alors une part importante, de l'ordre de 40 %, du coût total d'un véhicule. Cette importance économique justifie l'appréhension de ces activités par le droit, afin d'assurer que la concurrence ne soit pas restreinte par la pratique contractuelle. Le droit de la concurrence est un droit évolutif, cherchant constamment à rattraper le retard pris sur son milieu, c'est-à-dire sur le marché. Il doit alors, faute de perdre son efficacité, évoluer en même temps que les pratiques contractuelles qui mutent sans cesse. À tel point qu'il implique une certaine frustration, n'arrivant pas à conserver ses acquis et devant constamment s'actualiser.

En matière automobile, les règlements d'exemption sont dans cette optique régulièrement renouvelés afin d'intégrer de nouveaux paramètres[5]. Ils ont alors évolué en même temps que les modes de production industrielle afin d'intégrer ces facteurs économiques. *« Le droit économique est un droit en prise directe avec le présent, soucieux des mutations économiques, sociales et juridiques du XXIe siècle »*.[6].

2.- Au XXe siècle, le secteur automobile a été le support de réflexions majeures sur les stratégies de production. Après le fordisme, qui a été la première forme de travail standardisé[7], et le toyotisme[8], le modèle industriel s'est fondé sur la sous-traitance[9]. Afin que le progrès ne soit pas freiné par le risque d'interruption brutale des relations contractuelles caractérisant ces accords très déséquilibrés, le modèle contractuel a ensuite évolué vers le modèle dit de « fourniture de fonctions complètes » dans lequel le fournisseur fabrique et

[5] C'est également vrai pour ce qui est du régime général. Le renouvellement du texte permet par exemple d'adapter la réglementation à la jurisprudence du TPIUE et de la CJUE. Ont par exemple été intégrés les développements de l'arrêt *DAIMLER-CHRYSLER c/* CEPSA du 15 sept. 2005 sur la notion d'agent (pt. 12 à 21 des lignes directrices) ou les développements de l'affaire *BAYER* (TPICE 26 oct. 2000 et CJCE, 6 janv. 2004) sur la distinction entre accord et comportement unilatéral. Sur cette adaptation v. L. IDOT, « Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », *Europe*, juill. 2010, p. 6.

[6] CRDE (centre de recherche en droit économique) de Nice-Sophia Antipolis, « Le droit économique aujourd'hui », *D.* 2010, p. 1436.

[7] L'industrie automobile est précurseur en matière de production (fordisme, toyotisme, construction modulaire…). Nombre d'industries reprennent les solutions de production initiées par les constructeurs (informatique, électronique, aviation…).

[8] E. de BANVILLE, J.-J. CHANARON, « Du fordisme au toyotisme », *La doc. fr.* 1990 ; J.H. JACOT, « Du fordisme au toyotisme? Les voies de la modernisation des systèmes automobiles en France et au Japon », *Études et recherches du Commissariat Général du Plan*, n°7-8, *La doc.fr.* févr. 1990 ; G. BORDENAVE, « Le modèle fordien et son espace », *GERPISA*, 1992 ; J-L. LOUBET, *Citroën, Peugeot, Renault et les autres, 60 ans de stratégie*, Le Monde-Editions, 1995 ; K. SHIMIZU, *Le Toyotisme*, la Découverte, 1999.

[9] E. de BANVILLE et J.-J. CHANARON, « Le système automobile français : de la sous-traitance au partenariat ? Éléments pour une problématique », *CPE-Etude* n°56, mars 1985 ; L. LAIGLE, « De la sous-traitance classique au codéveloppement », *GERPISA*, 1995, n°14.

assemble des composants automobiles avant de les livrer. Les composants automobiles sont les éléments assemblés entre eux sur le marché primaire, c'est-à-dire sur les chaînes de montage des constructeurs et équipementiers, et qui forment un ensemble complexe, le véhicule. Ils se distinguent des pièces de rechange qui sont des produits identiques ou substituables utilisés sur le marché secondaire, c'est-à-dire sur le marché des réparations et de l'entretien, également qualifié de marché dérivé ou d'aftermarket.

Sont ensuite apparues les techniques de production à la demande, fondées sur l'externalisation[10] de la production des composants des véhicules auprès des fournisseurs et équipementiers[11]. Il ne s'agit donc plus de simples opérations ponctuelles d'achat/vente. Les fournisseurs ont dû s'adapter et acquérir de nouveaux savoirs tant techniques qu'en matière d'études-développement[12].

Enfin, le développement des stratégies de production modulaire[13] a abouti à la livraison de fonctions complètes préassemblées[14] par les équipementiers. Un produit modulaire[15] est un produit complexe de haute technicité[16] dont les différents éléments[17] ont

---

[10] J. AZEMA, « Externalisation et propriété industrielle », *P. Aff.* n°147, 9 déc. 1998, p. 33, « *L'externalisation est avant tout un terme économique qui désigne le fait pour l'entreprise de confier à des tiers, donc de faire exécuter à l'extérieur de l'entreprise, des tâches qu'elle accomplissait habituellement elle-même* » ; J.-P. DURAND, C. BERGGREN, M. NOMURA et Y. LUNG, « Des réalités du toyotisme », *GERPISA*, 1993 ; J. BARTHÉLEMY et C. DONADA, « Décision et gestion de l'externalisation : Une approche intégrée », *Rev. fr. gest.* Oct. 2007, n°177, p. 101.

[11] Dans la nomenclature d'activités (version révisée de la NAF (NAF rév. 2) en vigueur depuis le 1er janv. 2008, consultable sur http://recherche-naf.insee.fr), la fabrication d'équipements automobiles est classée en 29.3. Sont par exemple des équipementiers les entreprises intervenant dans l'électricité et l'électronique automobile, dans les sièges pour automobile, dans la fabrication des freins, boîtes de vitesses, essieux, roues, amortisseurs.. dans la fabrication de parties et accessoires pour carrosseries de véhicules automobiles (ceintures de sécurité, coussins gonflables de sécurité, portières…) ou encore dans l'assemblage de sous-ensembles complets, de parties et d'accessoires pour véhicules automobiles, pour compte de tiers. Au contraire, sont des fournisseurs et non des équipementiers les entreprises de la Fonderie, des services industriels du travail des métaux, de la Plasturgie, des pneumatiques, du caoutchouc industriel ou du verre.

Toutefois, cette distinction étant inutile dans la présente étude, les termes d'équipementiers et de fournisseurs seront utilisés indifféremment.

[12] C. MIDLER, G. GAREL et A. KESSELER, « Le co-développement, définition, enjeux et problèmes : le cas de l'industrie automobile », accessible sur *crg.polytechnique.fr.* ; E. de BANVILLE, « Le développement du partenariat industriel », *REI*, n°47, 1989, p. 125.

[13] V. FRINGUANT et D. TALBOT, « Proximités et logique modulaire dans l'automobile et l'aéronautique : vers une convergence des modèles d'approvisionnement ? », *Nouv. croiss. et terr.* déc. 2001.

[14] J.-J. CHANARON, « La coordination des compétences et des connaissances dans l'industrie automobile, les relations entre le cœur et la périphérie du système automobile européen. », *GERPISA*, 2002.

[15] Un module est un ensemble cohérent de composants ne répondant pas à la réalisation d'une fonction, mais qui se trouve à un même endroit du véhicule. Chaque module peut exécuter plusieurs fonctions et chaque fonction peut être exécutée par plusieurs modules.

[16] Ont été considérés comme des produits de haute technicité justifiant une distribution sélective : véhicules automobiles (Comm. CE, 13 déc. 1974, *BMW*, *RTD eur.* 1976, p. 148 ; CJCE, 17 sept. 1985, *FORD* c/ Commission, *Rec.* 1985.), produits d'horlogerie (Comm. CE, 28 oct. 1970, *OMEGA* ; Comm. CE, 21 déc. 1976,

été conçus indépendamment, mais fonctionnent ensemble comme un tout homogène. Cette pratique est particulièrement adaptée à l'automobile où l'accroissement de la technologie dans les véhicules oblige les constructeurs à mettre en œuvre des schémas de production toujours plus complexes[18]. Les constructeurs répercutent ainsi leurs contraintes de coûts sur les équipementiers [19] qui acquièrent dans le même temps un rôle majeur en matière d'innovation[20].

Cette réorganisation du secteur automobile s'est opérée par l'introduction d'une hiérarchie entre les fournisseurs. Se succèdent le constructeur en aval, puis les fournisseurs de « premier rang », responsables de modules et qui sont les seuls interlocuteurs des constructeurs, puis les fournisseurs de « second rang » ou de rang inférieur.

Dès lors, il est opportun de préciser comment la réglementation de la concurrence a évolué pour appréhender cette nouvelle donne industrielle, faisant des équipementiers des acteurs majeurs du secteur automobile.

3.- Historiquement, l'automobile apparaît comme le plus emblématique des biens complexes. C'est de plus le seul ayant bénéficié d'un régime concurrentiel original. Pourtant,

---

JUNGHANS), ordinateurs (Comm. CE, 18 avr. 1984, *IBM*), électroménager (Comm. CE, 23 oct.1978, *ZANUSSI*).

[17] Le nombre de ces modules est relativement faible, de l'ordre de sept à quinze modules pour un véhicule : sur ce découpage : R. CALVI, E. BLANCO et T. KOIKE, « Coopérer en conception pour améliorer les supply chains de demain Un défi pour les entreprises virtuelles », *Rev. fr. gest.* 2005 n°3. Le découpage en modules est influencé par le choix des fournisseurs et inversement. Le savoir-faire et les compétences qu'ils détiennent ou la nature des relations qui les lient aux constructeurs modifient le choix d'architecture du projet. La sélection du fournisseur dépend donc du degré de coopération que l'on accepte d'avoir avec lui.

[18] F. MAZAUD, « De la firme sous-traitante de premier rang à la firme pivot, une mutation de l'organisation du système productif « Airbus » », *REI*, 2006, n°113 ; E. DHONT-PELTRAULT et E. PFISTER, « L'externalisation de la R&D », *Ministère Education nationale*, 2006 ; leur production pourrait être organisée selon trois formes contractuelles distinctes. Soit le constructeur contracte avec plusieurs fournisseurs et équipementiers au sein d'un unique contrat. La tâche de chacun est précisée dans ce contrat. Soit le constructeur contracte avec chaque fournisseur séparément et chaque contrat organise les relations avec les autres. Soit le constructeur contracte avec l'équipementier principal responsable de l'ensemble du module. Celui-ci contractera par la suite avec les fournisseurs devant également participer à la réalisation de ce module. C'est cette dernière forme de contrat qui est couramment utilisée dans le secteur automobile.

[19] L'attrait pour les systèmes de production modulaires tient à ce qu'ils réduisent la complexité et les coûts d'assemblage. En effet, l'assemblage modulaire permet de diviser les tâches en étapes distinctes, qui peuvent être exécutées séparément par des équipementiers distincts. Le produit final est alors assemblé à partir de ces gros sous-ensembles : G. REINAUD, « L'automobile désintégrée », *Prob. Eco.* 10 févr. 1999, 2603 p. 29 ; P. CHIRON, « Le secteur automobile dans le monde et ses perspectives », *Eurostaf*, sept. 2006 ; M. SAKO ET F. MURRAY, « Automobile, informatique et stratégie modulaire », *echos.fr*, 19 août 2008.

[20] C. ARONICA et C. BOURE, « Point de vue des équipementiers », *Cah. dr. ent.* 2002, n°5, p. 13.

et dans un premier temps, c'est moins en raison de sa complexité que de son importance économique[21] que ce régime a été édicté.

Dés les années 1960, la distribution automobile[22] s'est organisée sous la forme de concessions exclusives. Or, ce modèle distributionnel était totalement ignoré du règlement d'exemption par catégorie 67/67[23] en vigueur à l'époque. Reconnaître la validité des réseaux de distribution automobile supposait donc de rechercher l'exemption individuelle. Ce fut fait à l'occasion de la retentissante décision *BMW* [24] qui a validé l'accord de concession exclusive.

Cette décision de la Commission a pour la première fois reconnu la complexité du bien automobile en relevant à propos de celle-ci qu'elle *« nécessite des soins constants par des entreprises d'entretien installées à cet effet parce qu'il s'agit d'un bien de consommation de durabilité limitée, de valeur considérable et de haute technicité dont l'utilisation peut mettre en péril la vie, la santé et les biens matériels et affecter l'environnement »*[25]. Cette haute technicité justifiait alors la sélection des distributeurs tandis que les investissements commerciaux engagés justifiaient la réservation territoriale.

---

[21] Sur cette importance : INSEE, « Activité dans le commerce et la réparation automobile en 2008 », *INSEE.fr*.

[22] Le véhicule automobile est défini par le règlement comme un *« véhicule autopropulsé à trois roues ou plus destiné à être utilisé sur la voie publique »* (Article 1, n) du règlement 1400/2002 et article premier 1. g) du règlement 461/2010). Sont donc exclus du domaine de l'exemption les véhicules qui ne sont pas autopropulsés, comme les chariots hippomobiles, ceux qui ont moins de trois roues, comme les motocyclettes, et ceux qui ne sont pas destinés à être utilisés sur la voie publique, même s'ils peuvent y circuler occasionnellement, comme les tracteurs ou les engins de travaux publics (Brochure explicative du règlement 1400/2002, question n°2, p. 16) ; sur la délimitation de la notion de véhicule v. *Juris. auto.* déc. 2008, n°802, « Bilan de la jurisprudence sur la notion de véhicule ».

Ne sont également pas concernés par les règlements automobiles les véhicules d'occasion puisque l'article 2, 1 du règlement 1400/2002 et l'article 2 du règlement 461/2010 définissant le champ d'application de l'exemption évoquent les accords qui concernent *« les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des véhicules automobiles neufs… »*. La Brochure explicative précise que *« la question de savoir si un véhicule est encore neuf doit être tranchée d'après les usages de la profession. Pour l'acheteur, le véhicule n'est plus neuf dès qu'il a été immatriculé et conduit sur route par un autre utilisateur. En revanche, le véhicule qui a été immatriculé par un concessionnaire pour un seul jour sans avoir été utilisé est encore neuf »* (question n°39, p. 49, note 103. CA Bastia, 14 févr. 2007, *COSTA VERDE AUTOMOBILE c/ NORD AUTO*. La Cour de cassation considère comme neuf un véhicule qui n'a pas été mis en circulation avant la vente. Or l'immatriculation d'un véhicule réalisée préalablement à sa vente implique nécessairement une première mise en circulation (Cass. crim. 24 janv. 1996, *BID* 1996, n°5, p. 33).

[23] Règlement n°67/67 du 22 mars 1967, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'exclusivité, JO n°57 du 25 mars 1967, p.849.

[24] Comm. CE, 13 déc. 1974, *BMW*, *RTD eur.* 1976, p. 148 ; Puis par CJCE, 17 sept. 1985, *FORD* c/Commission, *Rec.* 1985., évoquant *« les accords qui constituent un système de distribution sélective et qui visent, comme en l'espèce, au maintien d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute technicité »*. La reconnaissance de cette spécificité a alors permis de fonder légalement le système de la concession exclusive mis en place par *BMW* en Allemagne puisqu'il *« peut contribuer tant à améliorer la production et la distribution des produits qu'à promouvoir le progrès technique »*.

[25] Comm. CE, 13 déc. 1974, *BMW*, *RTD eur.* 1976, p. 148.

Le retentissement de l'affaire *BMW* a alors fait mûrir l'idée d'un règlement d'exemption par catégorie spécifique à l'automobile[26]. Un tel règlement *« constitue une tentative de systématisation de cas individuels »* [27]. Ce texte résulte de l'expérience de la Commission européenne, laquelle fait naître, de la répétition de cas d'espèce, une règle générale[28]. La définition du règlement d'exemption donnée par le professeur L. VOGEL précise que *« c'est un règlement communautaire (c'est-à-dire un texte de portée générale, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre), pris par la Commission sur habilitation du Conseil, qui confère de plein droit le bénéfice de l'exemption aux ententes qui relèvent de son champ d'application »* [29]. Il crée donc une « *zone de sécurité* »[30] pour les entreprises qui s'y conforment.

4.- Ce texte consacrant la concession exclusive automobile fut finalement adopté en 1985 (règlement 123/1985)[31]. Ces accords combinent à la fois la sélection des distributeurs

[26] F.C. JEANTET et R. KOVAR, « Les accords de distribution et de services des véhicules automobiles…. Étude du projet de règlement », *RTD eur.* 1983, p. 547 ; G. DAVERAT, « Réflexions sur une tentative de génocide économique », *Gaz. Pal.* 1984, n°1, doctr., 84.

[27] E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, th. Paris X-Nanterre, 1994.

[28] Dans un premier temps, la Commission estimait que le traité CE et le règlement n°17 lui conféraient le pouvoir d'édicter ce type de règlement. Elle publia alors au journal officiel du 9 nov. 1962 des communications aux termes desquelles elle envisageait *« de déclarer, conformément au paragraphe 3 de l'article 85, les dispositions du paragraphe 1er dudit article inapplicables aux accords décrits ci-après en tant que catégories, pour une période de trois ans à dater de la publication de la déclaration d'inapplicabilité »* JOCE, n°113, du 9 nov. 1962, p. 2627. Les états membres et la doctrine n'ont pas chaleureusement apprécié cette initiative. La Commission s'est alors résolue à demander son habilitation au conseil. Suppl. Bull. CEE, 4/64 ; Sur ce sujet : P. EECKMAN, « Les déclarations d'inapplicabilité « par catégorie » en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité de Rome et le règlement n°17 du Conseil », *Ing.-Cons.*, 1963, p. 22.

Dès lors, c'est par le règlement no 19/65/CEE, tel que modifié par le règlement 1215/1999 (Règlement (CE) n°1215/1999 du Conseil, du 10 juin 1999, modifiant le règlement n°19/65/CEE concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées JO n°L 148 du 15/06/1999 p. 0001), que le conseil européen transfère sa compétence d'exécution à la Commission pour l'édiction des règlements d'exemption par catégorie. L'article 211 du traité CE dispose à ce sujet que la Commission doit exercer *« les compétences que le conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit »*. D'ailleurs, la Cour a reconnu la validité de ces règlements de base dans les arrêts *KOSTER et SCHEER* du 17 déc. 1970 (CJCE, 17 déc. 1970, *KOSTER*, *Rec.* CJCE, p. 1161 ; CJCE, 17 déc. 1970, *SCHEER*, *Rec.* CJCE, p. 1197) ; Le règlement d'exécution est subordonné au règlement de base, il ne peut le méconnaître : CJCE, 10 mars 1971, *TRADAX*, *Rec.* CJCE, p. 145.

[29] L. VOGEL, « Les règlements d'exemption « *nouvelle génération* » », *Conc. consom.*, janv.-mars 2005, p. 2.

[30] Lignes directrices pour le règlement 330/2010, pt. n°23.

[31] Règlement n°123/1985 du 12 déc. 1984, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accords de distribution et de services de vente et d'après vente de véhicules automobiles, JO 1985 1 15, p.16, *RTD eur.* 1985, chr. p. 568, obs. J.-B. BLAISE ; *RTD com.* 1985, « Approche administrative et judiciaire actuelle de la distribution sélective dans le secteur de l'automobile. Étude comparée États-Unis – Communauté européenne », p. 645, G. DAVERAT.

selon des critères qualitatifs[32], et l'octroi à ceux-ci d'un territoire exclusif[33]. Ce système était reconnu pour ses atouts proéconomiques, il n'était toutefois pas proconcurrentiel.

Ainsi, le régime général des accords verticaux et le régime automobile sont longtemps restés parallèles, ne se rencontrant qu'une seule fois en plus de trois décennies, à l'occasion de la célèbre, mais néanmoins trompeuse, décision OMÉGA[34]. La Commission avait exempté pour la première fois des critères quantitatifs, mais n'avait jamais réitéré sa décision. La Commission s'est ensuite, et jusqu'à l'instauration du règlement n°2790/1999[35], refusé à accepter ce type de critères[36].

5.- Il faudra attendre l'entrée en vigueur du règlement 1475/1995[37] pour que soit réellement prise en compte l'importance de l'après-vente dans l'automobile et l'importance des équipementiers dans le processus concurrentiel, l'une et l'autre étant étroitement liées. Cette prise en compte est concomitante à l'évolution des méthodes de production industrielle qui s'est faite dans la décennie 1990 et qui a fait des équipementiers de véritables offreurs autonomes de pièces de rechange.

Va ainsi être facilité l'accès direct des équipementiers au marché secondaire des pièces de rechange, qu'ils soient les équipementiers d'origine (c'est-à-dire ayant fourni les composants sur le marché primaire de l'assemblage des véhicules neufs) ou tiers (c'est-à-dire qui n'accèdent qu'au marché secondaire de la réparation). Le multimarquisme, mesure phare de ce règlement de 1995 va également favoriser l'accroissement de la concurrence sur le marché de l'après-vente.

---

[32] CJCE, 17 sept. 1985, *FORD* c/Commission, *Rec.* 1985.

[33] Ce qui implique la limitation des ventes passives et actives. Toutefois, le règlement n°1475/1995 qui a remplacé en 1995 le règlement n°123/1985 disposait que les ventes passives ne pouvaient être contractuellement limitées. En effet, les utilisateurs finals doivent toujours avoir accès aux concessionnaires autres que celui en charge du territoire sur lequel elles ont leur résidence.

[34] Comm. CE, 28 oct. 1970, *OMEGA*.

[35] Règlement n°2790/1999 du 22 déc. 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO n°L 336 du 29/12/1999, p.21 : P. ARHEL, « Les lignes directrices sur les restrictions verticales », *JCP éd. E* 2000, n°29 ; remplacé par le règlement 330/2010 : N. RAUD et G. NOTTE, « Nouveau règlement d'exemption par catégories des restrictions verticales (Règlement UE n°330/2010) », *JCP éd. E* 2010, n°17, p. 237 ; Cont. Conc. Consom. 2010, n°6, p.38.

[36] Ce règlement ne permet toutefois pas, à la différence du règlement automobile 1475/1995, de limiter les ventes actives.

[37] Règlement n°1475/1995 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, JO n°L145 du 29/06/1995, p.25.

Toutefois, cette considération de l'importance de l'après-vente et de l'accès des équipementiers au marché secondaire ne s'est pas traduite par l'adoption d'un règlement d'exemption parfait. Bien que ce texte ajoute au droit des contrats des obligations permettant la mise en concurrence des équipementiers sur le marché secondaire de l'après-vente, il reste contraint par l'apport de l'arrêt *MAXICAR*[38] de la Cour de justice des Communautés européennes qui affirme le monopole conféré par les droits intellectuels sur les composants et pièces détachées. Cet arrêt atteste que le refus d'octroyer à un tiers des licences sur des droits intellectuels même en échange de redevances raisonnables ne constitue pas un abus de position dominante. Les équipementiers d'origine sont alors restés en situation de monopole sur les marchés des pièces captives, c'est-à-dire sur le marché des pièces protégées par des droits intellectuels.

6.- Arrivé à terme, le règlement 2790/1995 est remplacé en 2002 par le règlement n°1400/2002[39] qui fait de la notion de pouvoir de marché la « *clef de voûte* »[40] de la nouvelle analyse économique de la concurrence[41]. Ce texte accentue alors l'appréhension économique

[38] CJCE, 5 oct. 1988 (2 espèces), *VOLVO* c/ *VENG* et *MAXICAR* c/ *RENAULT*, *JCP éd. G*, 1989, II, 21247, G. BONET.

[39] La reconduction d'un règlement spécifique à l'automobile ayant été discutée suite au rapport d'évaluation défavorable du règlement 1475/1995 rédigé par la Commission en date du 8 nov. 2000 COM/2000/0743 ; La Commission a ensuite publié un projet de règlement qui a suscité des réactions plutôt réservées de la part de la doctrine : V. J.-L. FOURGOUX, « Le nouveau règlement automobile - un texte fondamental encore évolutif », *JCP éd. E* 2002, n°24, p.969 ; P. ARHEL, « Vers l'adoption d'un nouveau règlement « automobile », *P. Aff.* n°64, 29 mars 2002, p. 7 ; L. VOGEL et J. VOGEL, « Quelles améliorations peut-on apporter au projet de règlement sur la distribution automobile ? », *JCP éd. E* 2002, p. 794 ; L. VOGEL et J. VOGEL, « Le projet de règlement automobile : who will be in the driver's seat ? », *D.* 2002, p. 786 ; Le nouveau règlement « automobile », après le règlement général « accords verticaux », avant un nouveau règlement « transfert de technologie », *JCP éd. E* 2002, *Cah. dr. ent. n*°5 et *JCP éd. E* 2003.

Règlement n°1400/2002 du 31 juill. 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, JO n°L 203 du 01/08/2002 p.30 : L. IDOT, *op. cit.* (v. note n°2) ; S.POILLOT-PERUZZET0 « Règlement 1400/2002 de la Commission du 31 juill. 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le domaine automobile », *RTD com.* 2002, p.750 ; P. ARHEL, « Le nouveau règlement automobile est arrivé », *Cont. conc. consom.* 2002, n°19, p.4 ; L. VOGEL, « De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile », *Gaz. Pal.* 2-4 mars 2003, p. 13 ; E. VAN GINDERACHTER, « Le règlement n°1400/2002 d'exemption par catégorie : une réforme audacieuse, mais équilibrée des règles de concurrence applicable au secteur automobile », *Gaz. Pal.* 2-4 mars 2003, p. 5.

Le règlement a été expliqué par une brochure explicative ainsi que par un texte intitulé « Questions fréquemment posées » (disponible sur le site Europa). Ceci étant, ces textes n'ont pas de force obligatoire (S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'évolution des instruments juridiques : à propos des Brochures explicatives », *Cont. conc. consom.* nov. 2002, p. 2.).

[40] C. PRIETO,, « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de la concurrence », *D.* 2006, *cah. dr. aff.*, n°23, p. 1603.

des accords en optimisant le « contrat-cadre type de distribution automobile »[42], notamment en exemptant plus la concession exclusive, un choix devant être effectué entre distribution sélective et distribution exclusive.

Ce règlement révèle surtout l'intérêt porté par la Commission à la problématique de l'après-vente automobile. À cet égard, les dispositions les plus marquantes concernent la faculté des équipementiers d'origine d'accéder directement au marché secondaire de la réparation, la qualification donnée aux pièces de rechange ou la communication d'informations techniques aux réparateurs hors réseau.

La réglementation automobile a donc évolué au cours des trois dernières décennies en prenant en compte le caractère complexe du bien automobile et en associant davantage les équipementiers automobiles, d'origines ou indépendants, au processus concurrentiel. Ainsi, l'importance prise dans les années 1990 par les PME, sous-traitants et équipementiers, justifie que la politique de la concurrence et par voie de conséquence la réglementation de la concurrence[43] tiennent compte de ces aspects productifs[44].

7.- Actuellement, le règlement n°1400/2002 n'est plus l'unique règlement d'exemption applicable au secteur automobile. Depuis le 1er juin 2010, le régime automobile est l'objet d'une diffraction prévoyant à terme l'application de deux règlements, le règlement n°461/2010[45] spécifique automobile et le règlement n°330/2010[46] relatif aux restrictions

---

[41] Sur cette analyse économique du droit de la concurrence v. L. VOGEL, « Le juriste face à l'analyse économique », *Conc. consom*. Juill. Août 2003, n°134, p. 7 ; L. BENZONI, « L'utilité des outils économiques », *Conc. consom*. Juill. Août 2003, n°134, p. 13 ; O. GUERSENT, « L'autorité de concurrence et l'analyse économique », *Conc. consom*. Juill. Août 2003, n°134, p. 24.

[42] Pour une étude complète du règlement 1400/2002 : L. VOGEL et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile*, LawLex, 2004 ; J.-P. VIENNOIS, « Contrats de distribution automobile », *J-Cl* Fasc. 620, 1 févr. 2007 ; D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, V° « Automobile règlement n°1400/2002 », *Rép. comm. Dalloz, 2008.*

[43] D. BRAULT, *Droit et politique de la concurrence*, Economica, 1997.

[44]La filière des équipementiers qui représente 20 milliards d'Euros de chiffre d'affaires et 107 000 emplois a su faire face à l'évolution de l'industrie automobile. Secteur innovant avec 8 % des dépôts de brevet à l'INPI en 2008, le secteur a su faire émerger des champions nationaux et internationaux qui réalisent plus des deux tiers de l'activité même si le secteur est aujourd'hui essentiellement constitué de PME (83 % des acteurs de la filière). En 2008, 75 % de la valeur ajoutée sont générés par les équipementiers. En 2020, ce chiffre devrait avoisiner les 90 % : PricewaterhouseCoopers, « L'industrie automobile : prémices d'une nouvelle ère ? », le 8 oct. 2009 ; R. GARDIN, « L'automobile française : une filière majeure en mutation », *rapp. du CES*, 2006.

[45] Règlement n°461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur de l'automobile, JOUE L 129 du 28 mai 2010 ; P. ARHEL, « Restrictions verticales : alignement partiel du secteur de l'automobile sur le régime général », *Cont. conc. consom.,* 2010, n°8-9, p. 12 ; ou L. FRANCOIS-MARTIN et P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Réforme du règlement d'exemption par catégorie dans le secteur automobile », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 34 ; ou encore G. TOUSSAINT-DAVID, « Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution », *Cah. dr. ent*. 2010, n°4, p. 28.

verticales[47], à trois activités, la distribution de véhicules neufs, la distribution de pièces de rechange et la distribution de services de réparation. À ces activités sont par ailleurs appliquées, outre les lignes directrices relatives aux restrictions verticales, les lignes directrices de la Commission européenne pour le secteur automobile du 28 mai 2010.

La Commission européenne, à travers le rapport d'évaluation du règlement n°1400/2002 [48] et la communication sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile[49], a démontré la nécessité de traiter différemment la vente et l'après-vente.

8.- Les accords verticaux relatifs à la vente et à la revente de véhicules automobiles neufs[50] seront, dés le 1er juin 2013, soumis au régime général du règlement n°330/2010 relatif à l'application de l'article 101§3 du TFUE[51], aux lignes directrices sur les restrictions verticales[52] et aux lignes directrices sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles[53]. Jusqu'à cette date, ces accords font l'objet d'une période transitoire et restent en conséquence soumis aux dispositions du règlement1400/2002. Comme l'exécutif

---

[46] Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE L 102 du 23 avril 2010 ; V. p. ex. L. IDOT, « Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », *Europe*, n°7, juill. 2010, p. 8 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Etude du règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 », *Cont. conc. consom*., 2010, n°8-9, p. 7.

[47] M. KOEHLER DE MONTBLANC et P. VANNI, « Qualification des opérations », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 25. *« Avant 1999, les règlements d'exemption visaient des formules contractuelles : règlement n°1984/1983 sur l'approvisionnement exclusif, n°1983/1983 sur la distribution exclusive, n°4087/1988 sur la franchise. Depuis le règlement n°2790/1999 l'exemption s'applique à des restrictions verticales plus qu'à des formules contractuelles. Certaines des formules les plus pratiquées sont cependant visées dans le règlement lui-même ou dans les lignes directrices (distribution exclusive, distribution sélective, franchise…) sans que leur définition soit totalement conforme à celles jusque-là retenues ».*

[48] Rapp. d'évaluation du règlement 1400/2002 de la commission, SEC (2008) 1946.

[49] Communication du 22 juillet 2009 sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile, COM(2009) 388.

[50] Le règlement 1400/2002 ne s'applique qu'à la distribution de véhicules automobiles. « Un véhicule autopropulsé à trois roues ou plus destiné à être utilisé sur la voie publique ». Il ressort de la brochure explicative de la Commission que se trouvent notamment exclus de la définition les motocyclettes parce qu'elles ont moins de trois roues (pour une application du règlement CE n°2790/1999 à la distribution des motos, V. CA Paris, 2 mars 2005, *SARL KICH MOTO c/ SA SUZUKI FRANCE*) les chariots hippomobiles parce qu'ils ne sont pas autopropulsés, les tracteurs ou les engins de travaux publics « parce qu'ils ne sont pas destinés à être utilisés sur la voie publique, même s'ils peuvent y circuler occasionnellement » (Brochure explicative).

[51] Article 3 du règlement 461/2010.

[52] Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE n°C 130, 19 mai 2010

[53] Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles : JOUE n°C 138, 28 mai 2010

européen le souligne, *« s'agissant de la distribution de véhicules automobiles neufs, il n'y a apparemment aucun dysfonctionnement important de la concurrence qui pourrait distinguer ce secteur d'autres secteurs économiques et qui pourrait requérir l'application de règles différentes et plus strictes que celles prévues par le règlement n°330/2010 »*[54].

Il s'en suit que les accords conclus antérieurement à cette date bénéficient toujours de l'exemption prévue par le régime de 2002, mais que les contractants doivent se préparer à revoir leurs contrats. Les accords conclus postérieurement à cette date doivent également être en conformité avec ce texte, seul applicable durant trois ans. Ils ne peuvent être exemptés par leur conformité au règlement n°330/2010. Ainsi, il faut anticiper dès à présent, dans la conclusion de ces contrats, le changement de réglementation qui va intervenir en 2013.

Véritable autocritique de son action, la Commission européenne fait un pas en arrière en matière de multimarquisme. Désireuse depuis 1995 d'accroître ce mode de concurrence intermarques, elle reconnaît désormais son inefficacité [55]. Dés 2013, les constructeurs automobiles pourront alors inclure dans les accords de distribution de véhicules des clauses d'achat minimal à hauteur de 80 % sans limitation de durée ou des clauses de non-concurrence[56], c'est-à-dire pour une proportion supérieure à 80 %, pour une durée limitée à cinq ans[57]. Le seuil actuellement applicable de 30 % va donc passer à 80 %.

Autre changement notable, le passage sous le régime général marquera la fin de la protection du distributeur, les dispositions relatives à la durée des contrats et à leur rupture n'ayant pas été renouvelées.

Enfin, les seuils spécifiques de parts de marché commandant l'exemption des systèmes de distribution sélective[58] en matière automobile disparaîtront au profit du seuil uniforme de 30 % prévu par le régime général.

---

[54] Considérant n°10 du règlement 461/2010.

[55] Rapp. d'évaluation du règlement 1400/2002 de la commission, SEC(2008) 1946.

[56] L'article 1 d) du règlement 330/2010 définit l'obligation de non-concurrence comme toute obligation imposant un approvisionnement représentant plus de 80 % des achats annuels en biens ou services contractuels ou en biens ou services substituables sur le marché en cause.

[57] Article 5. 1. a) du règlement 330/2010.

[58] Un système de distribution sélective est défini par l'article premier 1. i) du règlement 461/2010 comme *« un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés sur le territoire sur lequel le fournisseur a décidé d'appliquer ce système »* ; V. notamment J.-P. VIENNOIS, *La distribution sélective*, Litec, 1999.

9.- En revanche, s'agissant de la distribution de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien, *« les règles prévues par le règlement n°330/2010 (...) sont nécessaires, mais insuffisantes »*[59], c'est pourquoi ont été ajoutées des « *exigences plus strictes concernant certains types de restrictions graves de la concurrence susceptibles de limiter l'approvisionnement et l'utilisation de pièces de rechange sur le marché de l'après-vente automobile* »[60].

Les accords verticaux relatifs à la vente et à la revente de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien automobile sont par conséquent, depuis le 1er juin 2010, réglementés à la fois par le règlement n°330/2010 et par le règlement n°461/2010[61]. Les dispositions du régime général étant d'après la Commission européenne insuffisantes eu égard aux spécificités de l'après-vente automobile, l'exécutif européen y a adjoint un texte spécifique.

Le bénéfice de l'exemption est alors accordé à ces accords consécutivement à une double lecture des textes communautaires[62]. L'analyse de l'accord se fait dans un premier temps au regard des conditions générales énoncées par le règlement n°330/2010[63], notamment en ce qui concerne les conditions de parts de marché. Dans un second temps, l'analyse de l'accord se fait au regard du règlement n°461/2010 qui énumère des restrictions verticales supplémentaires[64].

Celles-ci sont à peu de choses prés identiques à celles énumérées par le règlement n°1400/2002. La Commission se contente de supprimer les doublons qui résultent déjà du règlement n°715/2007 ou de la directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil du

---

[59] Considérant (14) du règlement 461/2010.

[60] *Ibid.*, Considérant (15).

[61] Toutefois, l'existence d'une période de transition doit être déduite de l'article 9 du règlement 330/2010 qui dispose que les accords satisfaisant les conditions du règlement 2790/1999 sont exemptés jusqu'au 31 mai 2011. Les accords en cours ayant été rédigés en fonction du règlement 1400/2002, ils sont par conséquent conformes au règlement 2790/1999. Dès lors, ils bénéficient de l'application de l'article 101§3 dès lors qu'ils respectent par ailleurs les dispositions du règlement 461/2010 qui elles-mêmes étaient déjà présentes dans le règlement 1400/2002.

[62] V. notamment P. ARHEL, *op. cit.* (v. note n°45) ; ou L. FRANCOIS-MARTIN et P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *op. cit.* (v. note n°45) ; ou encore G. TOUSSAINT-DAVID, « Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution », *Cah. dr. ent*. 2010, n°4, p. 28.

[63] L'article 4 du règlement n°461/2010 dispose que les accords *« relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre des pièces de rechange de véhicules automobiles ou fournir des services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles »* doivent remplir les conditions d'exemption énumérées par le règlement général.

[64] Une restriction verticale est définie par l'article premier 1. b) du règlement 461/2010 et par l'article premier 1. d) du règlement 1400/2002 comme *« une restriction de concurrence dans un accord vertical dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité »*.

5 sept. 2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur[65]. Il est toutefois surprenant que la commission applique le règlement n°461/2010 à la distribution de services d'entretien et de réparation dès lors que les restrictions supplémentaires énoncées ne concernent que les contrats de fourniture de pièces de rechange.

10.- Le mouvement souhaité de déspécialisation de la réglementation automobile est par conséquent ambigu. S'il est vrai que le règlement n°461/2010 est « allégé » par rapport au règlement n°1400/2002, la distribution des régimes est en revanche plus compliquée puisque là où auparavant un texte unique s'appliquait, il y en a désormais trois. Le souhait de simplifier rapidement la matière a poussé l'exécutif européen à appliquer le nouveau régime automobile à l'après-vente alors que les implications de la réintégration de la vente sous le régime général imposent une période de transition. Une période de une année pour l'ensemble du dispositif aurait été plus adéquate, dès lors que le passage du règlement n°1400/2002 au règlement n°330/2010 n'implique pas une réorganisation du réseau tel que cela avait été le cas en 2002. Effectivement, le passage d'une distribution sélective quantitative à une distribution sélective qualitative n'implique pas la résiliation en masse des contrats.

En fin de compte, le nouveau régime automobile s'inscrit tant en continuité qu'en rupture avec l'ancien régime. Il y a d'une part une continuité quant à la forme du texte. Les règlements n°330/2010 et n°461/2010 sont comme l'étaient déjà les règlements n°1400/2002 et n°2790/1999 des règlements de « *nouvelle génération* », c'est à dire privilégiant une approche économique par parts de marché des effets anticoncurrentiels d'un contrat. De plus, du point de vue du fond, la prise en compte croissante de l'importance des équipementiers automobiles dès 2002 commande en 2010 l'existence d'un règlement d'exemption spécifique au secteur automobile. Les dispositions du règlement n°461/2010 organisent exclusivement la place de ces fournisseurs dans le processus concurrentiel, s'inscrivant dans un phénomène plus général de délaissement du contrat en faveur d'un attrait plus grand pour les restrictions verticales[66] qui permettent une approche holistique de la concurrence.

Il y a d'autre part une rupture avec ces anciens règlements quant à la méthode d'exemption des accords. Le règlement n°1400/2002 constitue un régime spécifique écartant

[65] PE et Cons., 5 sept. 2007, dir.2007/46/CE établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, JOCE n°L. 263 du 19 oct. 2007.

[66] Sur ce changement dans l'appréhension de la concurrence dans le secteur automobile v. E. BINOIS, « P. CESARINI : « la réglementation ne devait plus se focaliser sur la relation entre constructeur et distributeur » », *autoactu.com*, 8 nov. 2010.

l'application du régime général. Tout accord qui n'entre pas dans le champ d'application du texte de 2002 est donc soumis aux règlements d'exemption généraux (règlement n°2790/1999 puis règlement n°330/2010). En revanche, l'accord entrant dans ce champ d'application, mais qui ne peut bénéficier de l'exemption en raison de dissemblances avec le cadre contractuel imposé ne tombe pas sous l'empire du régime général. Il est renvoyé à l'éventuel bénéfice d'une exemption individuelle.

Ainsi, la création des règlements d'exemption a favorisé la spécialisation et la surspécialisation du droit des contrats de distribution[67]. Chaque règlement disposant d'un champ d'application déterminé et d'un régime spécial, ils constituent autant de sources spéciales du droit. Ils sont par ailleurs tellement précis qu'ils imposent un ou plusieurs cadres contractuels, procédant de la ramification de la classification des contrats spéciaux et de l'éviction d'une éventuelle théorie générale des contrats de distribution[68].

Désormais, ce phénomène de spécialisation du droit des contrats est théoriquement stoppé en matière automobile suite à l'adoption du règlement n°461/2010. Celui-ci s'articule avec le règlement n°330/2010 de telle manière qu'au lieu d'avoir une réglementation excluant l'application des règles générales, le régime général s'applique à ces accords ainsi que certaines dispositions supplémentaires énoncées par le règlement spécifique[69]. Cela participe alors d'un courant général de simplification législative et de déspécialisation du droit[70].

11.- Cette déspécialisation se fait donc en ne conservant que les dispositions essentielles du règlement 1400/2002. Une concurrence effective sur ce marché dépend du degré d'interaction entre opérateurs agréés[71] et indépendants[72]. *« La capacité de ces derniers*

[67] P. Le TOURNEAU, « quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges* offerts à P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 ; L. CADIET, « interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats- bilan et perspectives*, Economica, 1987, p. 7.

[68] M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999 ; D. FERRIER. Obs. *RTD Civ.* 1999, p. 756.

[69] V. P. ARHEL, *op. cit.* (v. note n°45) ; ou L. FRANCOIS-MARTIN et P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *op. cit.* (v. note n°45) ; ou encore G. TOUSSAINT-DAVID, « Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution », *Cah. dr. ent*. 2010, n°4, p. 28.

[70] V. p. ex. P. RÉMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, Economica, 1987, p. 271 : *« La matière des contrats est l'une de celles où on pourrait le plus aisément se reconstituer un jus commune »*.

[71] Les opérateurs agréés sont les distributeurs de pièces de rechange et les prestataires de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui opèrent *« au sein du système de distribution créé par un fournisseur de véhicules automobiles »* : article premier 1. c) et d) du règlement 461/2010.

[72] Les définitions de réparateurs et de distributeurs indépendants sont données à l'article premier 1. e) et f) du règlement 461/2010. En substance, il s'agit des opérateurs ne faisant pas partie du réseau agréé créé par le

de livrer une concurrence dépend de leur accès sans restriction à des intrants essentiels, tels que les pièces de rechange et les informations techniques »[73]. Ces exigences plus strictes sont liées à la nature complexe du bien automobile et reprennent en grande partie les dispositions du règlement n°1400/2 002 et des textes associés. Elles sont directement commandées par l'existence de services de réparation et d'entretien intrinsèquement liés au bien automobile.

D'ailleurs, l'association au règlement n°461/2010 de lignes directrices ressuscite nombres de considérations auparavant intégrées dans le règlement n°1400/2002 et dans ses annexes (brochure explicative, questions fréquemment posées). Ce qui fait dire que la déspécialisation de la réglementation automobile n'est que formelle et cache en réalité le maintien de dispositions simplement dégradées.

12.- Aussi, constatant que le régime automobile n'est pas tant dû aux particularités du secteur qu'à la nature du bien, dans quelles mesures le régime automobile pourrait-il s'appliquer aux biens complexes en général ?

Il s'agirait donc de passer d'un règlement d'exemption par catégorie de bien, le bien automobile, à un règlement d'exemption par genre de bien, le bien complexe, accentuant ainsi la déspécialisation de la matière.

Du point de vue de la théorie, la problématique dépasse le cadre de la simple réglementation automobile. Jusqu'en 2002, le règlement n°1400/2002 constituait un régime dérogatoire du régime général caractérisé par sa plus grande sévérité. Ce texte spécifique était justifié par les espoirs portés sur l'automobile en termes d'intégration des marchés nationaux en un marché communautaire unique ce qui justifiait ses évolutions.

Mais en 2002, l'édiction du nouveau règlement communautaire d'exemption a donné une nouvelle dimension à la matière. L'exécutif communautaire, en intégrant les droits intellectuels et en associant davantage les équipementiers tiers à sa réflexion, a donné de l'importance à la nature du bien ce qui a fait du régime automobile le préalable à l'élaboration d'un régime plus général d'exemption des accords de distribution des biens complexes. L'intérêt juridique est donc de faire ressortir du traitement du secteur automobile une considération supérieure qu'il reconnaît implicitement et qui est la considération de la nature complexe des biens.

---

fournisseur des véhicules automobiles dont il assure la réparation ou la fourniture de pièces de rechange. Il peut donc être totalement indépendant ou bien appartenir au réseau agréé d'un autre fournisseur.

[73] Considérant n°(13) du règlement 461/2010.

Du point de vue de la pratique, cette problématique possède un fort intérêt. La société consumériste associée à la révolution électronique et numérique a favorisé la généralisation des biens porteurs de droits intellectuels. La mise en concurrence intramarques et intermarques doit alors permettre, comme dans le secteur automobile, l'accroissement de l'offre de réparateurs et distributeurs et donc la baisse des prix, ce qui est favorable au consommateur européen.

13.- Aussi, bien que l'automobile et les biens techniques aient très tôt été l'objet de travaux scientifiques[74], d'aucuns n'abordent la problématique générale de la distribution des biens complexe, même pas les plus récents[75]. Cette problématique nécessite d'en préciser le champ d'étude. Celle-ci consistant à rechercher l'application générale aux contrats de distribution de biens complexes du régime juridique particulier du bien automobile, il ne sera par conséquent traité que du droit communautaire de la distribution[76]. De même qu'il ne sera pas traité des textes relatifs à la liberté de circulation des marchandises, un temps appliqué au secteur automobile[77], il ne sera pas non plus traité de l'exemption individuelle des accords ne satisfaisant pas aux conditions posées par les règlements d'exemption[78]. L'étude portera uniquement sur le mécanisme d'exemption par catégorie tel que résultant de l'article 101§3 (anc. art. 81 §3)[79]. Il sera par ailleurs traité de l'abus de position dominante prévu par l'article 102 TFUE[80] puisque cette notion d'abus constitue la pierre angulaire de l'articulation

[74] P.-G. JOBIN, *Les contrats de distribution de biens techniques*, les presses de l'université Laval, Québec, 1975 ; et en sciences économiques : J. WAGNER, *La Méthode de distribution par concessionnaires et son application dans l'industrie automobile*, Genève, Georg & Cie, 1967.

[75] C. ISMAILOW-NOUALS, *La distribution automobile et le règlement 1400*, th. Toulouse, 2007. L'auteur s'en tient à étudier les différents modes de distribution en matière automobile.

[76] Sur le champ d'application du droit communautaire de la concurrence v. J.-P. VIENNOIS, « La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national », *RTD Com.* 2002, p. 1 ; ou du même auteur v. « Clarification du champ d'application du droit communautaire de la concurrence », *P. aff.* 22 sept. 2004, n°190, p. 9.

[77] V. p. ex. CJCE, 27 juin 1996, réglementation française en matière de millésime automobile ; CJCE, 12 oct. 2000, réglementation française fixant la date de la première admission à la circulation de l'automobile, *D.* 2000, p. 419, note E. CHEVRIER.

[78] V. F. LEFEBVRE (Rédaction), *Mémento pratique, droit des affaires, concurrence consommation*, « ententes et abus de domination », F. Lefebvre, 2009/2010.

[79] L'article 81 du traité instituant la communauté européenne (CE) a été renommé article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) suite au traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009. Les deux articles sont en substance identiques.

[80] L'article 102 a toutefois peu été appliqué en matière de distribution en raison de parts de marché trop atomisées. V. D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42) ; pour un exemple, v. CJCE, 11 nov. 1986, *BRITISH LEYLAND PUBLIC LIMITED COMPANY* c/ Commission, mais le marché pertinent n'était pas celui de la distribution des véhicules, mais celui de la délivrance d'un certificat de conformité indispensable en fait aux revendeurs professionnels), les parts de marché détenues par les constructeurs - très diluées - ne suffisant pas

du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle, notamment en matière de rétention par le constructeur automobile d'informations techniques[81].

Ainsi, l'étude ne se limitera pas exclusivement aux accords de distribution qu'un fournisseur conclut avec un distributeur ou un réparateur. La distribution étant une activité d'intermédiation commerciale, il est naturel que son régime s'inscrive dans une logique d'ensemble englobant la production[82] et la consommation (certaines mesures des règlements d'exemption concernent directement l'acte de consommation des produits et services par le consommateur : mention de la sous-traitance des opérations d'après-vente, multimarquisme, commerce parallèle…).

14.- Effectivement, la nature complexe du bien automobile, l'agrégation d'une chose et de services, impose la prise en compte de tous les acteurs de la chaîne de production et de distribution, du constructeur au distributeur, du fournisseur de pièces de rechange au réparateur. Et la transposition du régime aux biens complexes en général suppose de conserver ce large champ d'application.

Cependant, cette transposition ne doit pas se faire de façon abrupte. Elle doit s'articuler autour d'une spécificité fondamentale. Il faut distinguer les dispositions des règlements automobiles qui sont justifiées par la conjoncture économique, du secteur des spécificités justifiées par la nature complexe du bien. Ce sont celles-ci qui ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des accords de distribution de biens complexes.

Or actuellement, le régime automobile résulte de l'application simultanée de plusieurs règlements (règlement n°330/2010, règlement n°461/2010, règlement n°1400/2002, règlement n°715/2007). Aussi, afin de répondre à la problématique générale, il est opportun d'étudier dans un premier temps quelles sont les spécificités du régime justifiées par la conjoncture économique du secteur automobile (Partie 1). Dans un second temps seront étudiées les spécificités du régime qui sont justifiées par la nature complexe du bien automobile (Partie 2).

à déclencher l'application des dispositifs concernés (voir *Cons. conc.*, 16 mai 2006, Turbo Europe, n°06-D-11, qui après avoir rejeté l'idée d'une position dominante collective, relève que *« les parts de marché des sociétés RENAULT, PEUGEOT et Citroën, respectivement de 33,44 %, 19,31 % et 14,12 % en 2004 selon Turbo Europe, ne sont a fortiori pas suffisants pour envisager l'existence d'une position dominante individuelle »*.

[81] V. Partie 2, Titre 1, chapitre 2, section 2 : La régulation de la concurrence par l'affaiblissement des monopoles intellectuels.

[82] D'ailleurs l'article 101§3 mentionne que *« Les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables à tout accord (...) qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits… »*.

PREMIÈRE PARTIE

UN RÉGIME CONJONCTUREL DES ACCORDS DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

15.- L'environnement économique particulier du domaine automobile justifie l'existence d'un traitement concurrentiel adapté. En effet, la multiplicité et la similarité des engagements[83] pris par le constructeur envers les distributeurs et réparateurs créent des réseaux de distribution qui lui permettent d'écouler les produits qu'il fabrique.

Or, en matière automobile, le niveau de concentration des parts de marché des constructeurs est tel que la taille des réseaux permet de figer et de cloisonner le marché. Ceci nuit alors grandement à la concurrence tant intermarques qu'intramarques. La Commission européenne a par conséquent tenté d'insuffler plus de concurrence sur ce marché sclérosé que ne le ferait la réglementation générale. Pour ce faire, l'autorité communautaire a construit un modèle contractuel personnalisé dont les effets attendus doivent permettre l'augmentation du degré de concurrence. Les mesures du règlement général ont alors été ajustées (seuils de parts de marché, part de multimarquisme…) pour tenir compte des particularités du secteur.

16.- Outre de simples aménagements du régime général, le régime automobile prévoit par ailleurs des mesures nouvelles. Effectivement, le contrat ne peut produire pleinement ses effets et satisfaire les contractants que si les intérêts de chacun sont respectés et protégés[84], ce qui n'est pas naturellement le cas en matière de distribution. Comme le révèle justement C. JAMIN, pour que le fournisseur bénéficie des avantages de son réseau *« il faut que ceux qui le composent supportent la plus large fraction des investissements commerciaux et assument en principe seuls les conséquences directes de leur éventuel échec. Dans ces conditions, même si le distributeur peut disposer d'un certain pouvoir de négociation vis-à-vis*

[83] D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 5e éd., Litec 2009, pt. n°514.

[84] Sur l'orientation actuelle du droit vers ce rééquilibrage v. J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986.

de son partenaire en raison des circonstances, on perçoit assez rapidement que les réseaux intégrés de distribution postulent par nature un relatif déséquilibre »[85].

Ce déséquilibre est fortement marqué en matière automobile où l'on ne peut attendre du concours de volonté un équilibre économiquement idéal. Aussi, l'exécutif européen a souhaité assurer au distributeur automobile la capacité de mettre en œuvre sa politique économique. Il a fallu pour cela le protéger de la domination du constructeur en imposant dans l'accord certaines clauses originales inconnues du régime général[86].

17.- Pour autant, la Commission européenne a modifié son appréhension du secteur automobile, considérant que les régimes spécifiques d'exemption n'étaient plus justifiés. Il s'opérera donc le 1er juin 2013 une intégration du régime spécifique dans le régime général. D'ici là, le règlement n°1400/2002 continue à s'appliquer aux accords de distribution de véhicules neufs (les accords de distribution de pièces de rechange et de services de réparation étant d'ores et déjà soumis au règlement 330/2010 et au règlement 461/2010), peu importe qu'ils contiennent des dispositions relatives à la cession ou à l'utilisation de droits intellectuels dès lors que celles-ci « *ne constituent pas l'objet principal de tels accords* et qu'elles ne soient *pas directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients* »[87]. En revanche, si ces droits constituaient l'objet principal de ces contrats, l'application des règlements automobiles serait écartée au profit de l'application du règlement 772/2004 relatif aux accords de transfert de technologie.

Le règlement 1400/2002 réglemente désormais la vente uniquement, ajustant les mesures du régime général au secteur automobile (Titre 1) et rééquilibrant le contrat afin de limiter la pression pouvant être exercée par le constructeur sur le concessionnaire (Titre 2).

[85] Ch. JAMIN, « La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *P. Aff.*, n°29, 6 mars 1996, p. 26.

[86] Sur la réception par les concessionnaires de ces clauses v. C. BOURGEON, « Point de vue des concessionnaires », *Cah. dr. ent.* 2002, n°5, p. 8.

[87] Art. 2. 2, b) du règlement 1400/2002.

TITRE 1

L'AJUSTEMENT DU RÉGIME GÉNÉRAL À LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE

18.- La réglementation de la concurrence a au fil des règlements d'exemption remis en cause la position confortable des constructeurs automobiles et de leurs distributeurs. En effet, la remise en cause de la concession exclusive, favorisant le partage des marchés et limitant la concurrence, a ravivé le sentiment de compétition entre les concessionnaires.

On aurait alors pu craindre l'imposition par l'exécutif européen d'une distribution sélective purement qualitative, proconcurrentielle, mais ne permettant pas de limiter le nombre de revendeurs. Cela n'a pas été le cas puisqu'ont été admis les critères quantitatifs afin de ne pas surpeupler les distributeurs qui n'auraient alors plus eu la possibilité d'amortir les lourds investissements commerciaux que leur activité nécessite. En effet, la mise en concurrence ne doit pas pour autant empêcher les distributeurs d'avoir une activité économique viable.

En établissant des seuils de parts de marché moins sévères que dans le régime général, la Commission prend donc en compte les intérêts commerciaux des distributeurs qui, s'ils venaient à être menacés, produiraient un effet contraire à la concurrence.

19.- Pour autant, le souhait de la Commission européenne n'est pas de créer un régime privilégié pour le secteur automobile. Au moment où la Commission enlevait aux distributeurs leur territoire exclusif, elle leur a permis d'ouvrir leur activité sur d'autres marques, catalysant ainsi la concurrence intermarques. L'arrivée du multimarquisme dans les contrats de distribution automobile, mesure phare du règlement 1475/1995, leur a donné l'autonomie dont ils manquaient jusque-là. Telle l'expression « un mal pour un bien »,

l'admission des critères de sélection quantitatifs[88] s'est accompagnée d'un accroissement de la concurrence intermarques[89].

Cette originalité du régime automobile est appelée à exister encore trois années. Aussi, il est intéressant d'étudier comment la Commission européenne a pris en compte les investissements commerciaux des concessionnaires (Chapitre 1) puis comment elle a libéralisé la concurrence intermarques davantage que ne le fait le régime général (Chapitre 2).

[88] La concurrence intramarques est définie comme la concurrence que les distributeurs d'un même produit sont amenés à se faire sur un marché.

[89] La concurrence intermarques est définie comme la concurrence que les distributeurs de produits substituables sont amenés à se faire sur un marché.

CHAPITRE 1

LA PRISE EN COMPTE DES INTÉRÊTS COMMERCIAUX DU DISTRIBUTEUR AUTOMOBILE

20.- Actuellement, régime général et régime automobile traitent des contrats de distribution de la même manière, le règlement n°330/2010 étant similaire au régime automobile, souvent qualifié de précurseur[90]. Trois formes contractuelles sont ainsi encadrées, distribution exclusive, distribution sélective quantitative et distribution sélective purement qualitative.

Toutefois, le règlement n°1400/2002 encore en vigueur organise un traitement de faveur assurant aux distributeurs automobiles de ne pas être trop nombreux sur le marché. Mais ce traitement de faveur ne siège pas dans le contrat lui-même. En effet, si les deux textes sont identiques en ce qui concerne les types de contrats de distribution, les seuils de parts de marché résultant de l'approche économique des règlements d'exemption de *« nouvelle génération »*[91], qui déterminent leur application sont supérieurs dans le régime automobile, de manière à ce que le recours à la distribution sélective quantitative soit plus largement autorisé.

Appliquant le droit de la concurrence dans son analyse économique[92], la Commission européenne s'appuie sur la base des parts de marché[93] pour exempter ou non les systèmes de distribution. De fait, l'importance prise par les seuils de parts de marché dans l'approche économique des règlements d'exemption suppose de délimiter ces marchés concurrentiels[94] (Section 1) avant d'étudier dans un second temps les conditions spécifiques d'exemption des réseaux de distribution automobile (Section 2).

---

[90] G. DAVERAT, *op. cit.* (v. note n°31).

[91] L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°29) ; C. HALIMI-DECHELETTE, « La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence », *Cont. conc. consom.* avr. 2000, n°4, p. 4.

[92] S. ROUSSEAU, « L'analyse économique du droit », *D.* 2009, p. 352 : « *L'attrait de l'analyse économique du droit consiste en son aptitude à renforcer la doctrine juridique traditionnelle en fournissant aux juristes une méthode pour repenser le rôle des institutions juridiques et mettre en relief les conséquences économiques de celles-ci* ».

[93] Issus de la nouvelle approche économique de la Commission européenne : L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°29) ; la Commission estime que tant que les seuils en question ne sont pas dépassés ces accords de distribution apportent plus à la concurrence que ce qu'ils ne lui coûtent. Au-delà des seuils la situation s'inverse et « l'efficience économique » apportée ne contrebalance plus les effets néfastes sur la concurrence : V. Considérant n°(5) et (6) du règlement 1400/2002.

[94] Certaines études tentent d'identifier ces marchés dans le domaine automobile : v. FRANK VERBOVEN, « Quantitative study to define the relevant market in the passenger car sector », accessible sur *www.europa.eu.*

SECTION 1

LA DÉTERMINATION DES MARCHÉS CONCURRENTIELS DU SECTEUR AUTOMOBILE

21.- G. RIPERT définissait le marché comme le « *domaine abstrait, qui peut être régional, national ou mondial, de négociations de certains biens déterminés. On y fait un rassemblement idéal de ceux qui cherchent à acquérir et de ceux qui cherchent à écouler les biens en question* »[95].

Dans le sens économique, « *Un marché peut caractériser la situation de l'offre et de la demande pour un produit particulier sur une zone géographique bien déterminée ; on parlera ainsi du marché français de l'automobile...* » Cette conception du marché reflète « *un état des lieux, une photographie reflétant la demande des consommateurs et l'offre des entreprises d'un secteur particulier* »[96]. En revanche, en droit communautaire, la notion de marché renvoie à l'espace formé de l'ensemble des États membres de l'union sur lequel s'effectue la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux. Dès lors, les deux notions, économiques et communautaires, se rejoignent et s'entrecroisent. « *En effet le marché en cause a une dimension géographique variable qui s'étend sur le marché communautaire* »[97].

Au demeurant, l'identification du marché n'est pas une fin en soi, c'est seulement la délimitation du cadre d'application de la réglementation de la concurrence. Le conseil de la concurrence précise dans son rapport annuel pour l'année 2001 que « *l'objectif poursuivi in fine par les autorités de la concurrence à travers la notion de marché pertinent est d'apprécier le pourvoir de marché d'une entreprise, c'est-à-dire sa capacité à augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel, sans que la baisse des ventes qui en résulte n'annule la hausse des profits escomptés* »[98]. Ainsi, on comprend que l'identification des marchés

[95] G. RIPERT, *Les métamorphoses économiques et morales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959, p. 110.

[96] J.-Y. CAPUL et O. GARNIER, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Hatier, 2005.

[97] A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 2e éd., LGDJ 2004.

[98] Cons. conc., Rapp. 2001, 2e partie, études thématiques, titre 1, le marché pertinent : disponible sur le site *www.autoritédelaconcurrenc.fr*

concurrentiels, autrement qualifiés de marchés pertinents ou marchés en cause, soit le préalable indispensable au calcul du pouvoir de marché des constructeurs automobiles.

Déterminer la place des constructeurs automobiles sur les marchés suppose en effet d'identifier dans un premier temps de quel marché pertinent il s'agit (§1) avant de calculer dans un second temps la part que leur activité économique représente sur celui-ci (§2).

§1. L'identification des marchés concurrentiels du secteur automobile

22.- Pour la Commission européenne, la délimitation du marché pertinent, également nommé de marché en cause, se fait « *grosso modo* »[99]. Cette délimitation doit seulement suffire à appliquer les règles de la concurrence.

Ainsi, « *si en tenant compte des différents marchés en cause possibles, l'opération ne pose aucun problème sous l'angle de la concurrence, la question de la définition du marché est laissée en suspens, ce qui limite le nombre d'informations à fournir par les entreprises* »[100].

Mais même si le flou est suffisant, les règlements automobiles ne délimitent pas, sur le plan géographique et des produits, les marchés auxquels ils s'appliquent.

Ainsi, si le règlement n°1400/2002 s'applique jusqu'au 1er juin 2013 aux accords de distribution de vente de véhicules, date à laquelle c'est le règlement n°330/2010 qui s'y appliquera, en matière de distribution de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien, ce sont les règlements n°330/2010 et 461/2010 qui s'appliquent dès à présent. Pour autant, cette multiplicité de sources ne modifie pas la délimitation des marchés pertinents.

La brochure explicative du règlement n°1400/2002, bien que sans portée normative, apporte quelques précisions. Elle doit donc être mise en relation avec la communication de la Commission européenne sur la détermination du marché en cause[101] ainsi qu'avec les

[99] Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO C 372 du 09.12.1997, pt. n°26 et pt. n°27.

[100] *Ibid.*

[101] *Ibid.* ; La délimitation du marché est élaborée à partir de la réunion d'un faisceau d'indices. Ce faisceau peut suivre plusieurs catégories. Tout d'abord, il faut décrire le produit, réaliser des enquêtes d'opinion, étudier l'histoire du secteur, la sensibilité de la demande ou de l'offre à une variation de prix et faire des projections tel le test SSNIP (Small but Significant Non-transitory Increase in Price) retenu par les autorités communautaires. C'est un test d'élasticité croisée. Il faut rechercher « *si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés* »

décisions antérieures qui ont pu déjà définir ces marchés pertinents[102]. Dans le domaine automobile, certaines études peuvent également être consultées[103].

Du reste, même lorsque le règlement n°1400/2002 aura expiré dans le domaine de la vente automobile, les solutions apportées par la jurisprudence, par les lignes directrices et par la brochure explicative garderont leur pertinence puisqu'elles constituent une application des mécanismes généraux de détermination des marchés pertinents et non pas des solutions dérogatoires.

Cette multitude de sources va permettre d'identifier les deux composantes du marché, d'une part le marché de produit[104] (I), d'autre part le marché géographique[105] (II).

I. La détermination des marchés de produit du secteur automobile

23.- La stratégie d'entreprise du constructeur automobile a des conséquences directes sur la délimitation du marché de produit. L'entreprise peut faire le choix d'une politique de différenciation minimale ou bien d'une politique de différentiation maximale. C'est ce qui explique, en partie, les différences de parts de marché détenues par les constructeurs automobiles. Certains sont généralistes et sont dans une stratégie de différenciation minimale, c'est-à-dire qu'ils cherchent à accéder à la demande la plus large. D'autres sont des spécialistes, ils suivent une stratégie de différenciation maximale et cherchent à se constituer un marché propre[106]. Ainsi, la difficulté de ces entreprises est

---

(communication de la Commission sur la définition du marché en cause) sur ce sujet : A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.* (v. note n°97).

M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1ère éd., Dalloz, 2006 ; C. GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, 3e éd., LGDJ 2008.

[102] Comm. CE, 14 mars 2000, *VOLVO/SCANIA*, les camions ont été subdivisés en trois segments : le segment des utilitaires légers de moins de 5 tonnes, celui des utilitaires moyens de 5 à 16 tonnes et celui des poids lourds de plus de 16 tonnes ; les marchés ont été définis comme nationaux.En matière de transport de personnes, la Commission distingue les autobus urbains, des autocars de ligne et des autocars de tourisme : Comm. CE, 22 oct. 1998, *RENAULT/IVECO*.

[103] FRANK VERBOVEN, *op. cit.* (v. note n°94).

[104] « *Un marché de produit en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* » : Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JO C 372 du 09.12.1997, pt. n°7 ; sur cette notion : M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.* (v. note n°101).

[105] Territoire sur lequel les conditions de concurrence pour un produit donné sont homogènes.

[106] Cela ramené au milieu de l'automobile c'est ce que l'on peut observer avec les modèles phares, les plus vendus. Ainsi, la berline de taille moyenne est une catégorie de voiture offerte par tous les constructeurs

d'attirer une clientèle spécifique, mais aussi d'avoir un produit pas trop différent pour attirer ceux qui sont prêts à acheter des produits voisins.

On comprend dès lors l'intérêt porté par la Commission au principe de la substituabilité des produits (A), dont la mise en œuvre permet la détermination des marchés de produits (B).

A. Le principe de la substituabilité des produits

24.- « *Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »[107].

Afin d'être qualifiés substituables, les produits doivent donc répondre de la même demande spécifique. Cette dimension personnelle au consommateur varie d'un individu à un autre. Des produits sont alors substituables lorsque la demande se tourne vers l'un ou l'autre indifféremment. Dans le cas contraire, les produits sont différenciés et appartiennent à des marchés de produits distincts.

Cette substituabilité s'apprécie en fonction des caractéristiques du produit, de l'usage de destination et des considérations de l'utilisateur. Donc même si les caractéristiques techniques des produits sont similaires, si l'œil du consommateur n'associe pas les objets alors les produits ne sont pas substituables. Ainsi, plus les produits sont chers et de luxe plus l'utilisateur est exigeant et ne verra peut être pas de substituabilité entre un véhicule de marque FERRARI et un autre de marque ASTON MARTIN alors que le prix et les caractéristiques techniques sont similaires. Tandis qu'un consommateur moyen acceptera la substituabilité des Peugeot 206 et des Renault Clio.

De même, pour apprécier la substituabilité, la communication de 1997 de la Commission indique la manière par laquelle on peut procéder à la détermination de « *l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur ». Il s'agit d'« un*

---

généralistes. (407, laguna, C5, passat…). C'est donc une stratégie de différenciation minimale qui est engagée. Mais à côté de cela, la différentiation maximale existe aussi. Par exemple lorsque PEUGEOT a créé le premier modèle de voiture coupé cabriolet, l'entreprise était dans une stratégie de différentiation maximale. Les concurrents ont alors eux-mêmes sorti un modèle similaire. La différentiation maximale est ainsi devenue minimale.

[107] Principe rappelé par la « 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 déc. 1997. Ce principe de la substituabilité des produits sur un même marché est rappelé par la Commission européenne dans le règlement n°1400/2002 à l'article 8.1, a) et b) et c).

exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients »[108]. Il faut pour cela se positionner en tant qu'acheteur.

Cette réflexion empêche d'ores et déjà de retenir l'existence d'un marché unique de l'automobile. En effet, l'on ne peut admettre la substituabilité entre tous les véhicules des gammes[109] de toutes les marques.

Ce critère de la substituabilité informe alors de la multiplicité des marchés de produit dans le secteur automobile. Dans la vente automobile, le point de départ de la délimitation du marché de produit est la catégorisation de ceux-ci par les autorités de la concurrence en différents segments. Ces segments représentent les différents types de produits et par conséquent les différents besoins[110].

Dès lors, l'on comprend que la gamme de véhicules proposée par un constructeur ne constitue pas un marché pertinent de la distribution alors que cette gamme peut représenter le marché pertinent de la production[111].

La mise en œuvre de ce principe de la substituabilité des produits va permettre d'identifier les marchés de produits.

---

[108] De cette manière, a par exemple été déterminé que le marché des vacances à forfait n'est pas sur le même marché que celui des vacances indépendantes, une augmentation des prix des vacances à forfait (tout compris) n'amènerait pas un nombre suffisant de consommateurs à préférer des vacances indépendantes (achat séparé de tous les éléments du voyage).

[109] Le règlement 1400/2002 donne également la définition de l'expression « *gamme visée par l'accord* » comme visant « *l'ensemble des modèles de véhicules automobiles offerts à la vente par le fournisseur au distributeur* » : article 1, 1, q ; L'expression « *véhicule automobile correspondant à un modèle de la gamme visée par l'accord* » est également définie comme se rapportant à un « *véhicule qui fait l'objet d'un accord de distribution avec une autre entreprise du système de distribution mis en place par le constructeur ou avec son consentement et que le constructeur fabrique ou monte en série, et dont la carrosserie est de forme identique et dont le train de roulement, le groupe motopropulseur et le type de moteur sont identiques à ceux des véhicules de la gamme visée par l'accord* ». Ces définitions permettant de qualifier comme une restriction caractérisée certaines pratiques discriminatoires portant sur la fourniture des véhicules : article 4, 1, f.

[110] Pourtant, d'autres domaines admettent l'unité du marché de produits qui ne sont pas substituables : CJCE, 3 juill. 1991, *AKZO CHEMIE BV* c/ Commission **:** l'offre d'une gamme de produits répond en l'espèce d'une demande spécifique du consommateur. La gamme des peroxydes organiques n'est destinée qu'à certaines entreprises, mais la gamme automobile ne répond pas d'une clientèle spécifique. L'appréciation est difficile et nécessite une étude au cas par cas.

Voir dans les domaines voisins pour des gammes de produits : affaire *AKZO CHEMIE BV* c/ Commission, Aff. C 62/86, *Rec.* I-3359, pt. n°52 ; Cons. conc., 17 mars 2003, situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitré et des communes limitrophes, n°03-D-15: « *les prestations funéraires qui comportent les prestations du service extérieur, du service intérieur et les prestations libres, sont, compte tenu du comportement des familles et des conditions dans lesquelles les entreprises répondent à leurs demandes, indissociables et forment un marché unique des prestations de pompes funèbres* ».

[111] Comm. CE, 22 juill. 2002, *GENERAL MOTORS/DAEWOO MOTORS*

B. L'application au secteur automobile du principe de la substituabilité des produits

25.- La mise en œuvre du principe de substituabilité des produits permet d'identifier quels sont les produits situés sur un même marché. Encore faut-il identifier auparavant ce marché.

En effet, sont distribués dans le secteur automobile trois types de produits : les véhicules, les pièces et les services de réparation et d'entretien. Ces produits étant connexes, il faut déterminer s'ils sont tous trois sur le même marché ou s'ils constituent chacun un marché pertinent (1). Ce n'est qu'au sein de ces marchés que la substituabilité des produits prendra tout son sens (2).

1. L'identification des marchés pertinents du secteur automobile

26.- La brochure explicative du règlement n°1400/2 002 énonce des principes destinés à identifier les marchés utilisés dans les communications de la Commission. Ces principes n'ont pas de valeur normative, mais ils constituent un outil intéressant pour la compréhension de la matière, même lorsque ce règlement ne s'appliquera plus et que le secteur sera régi par le règlement n°330/2010.

27.- Pour distinguer le marché de la vente du marché de la réparation, il faut établir dans un premier temps si une proportion significative d'acheteurs opère leur choix en tenant compte ou non des coûts du véhicule pendant sa durée de vie. Si tel est le cas, le lien unissant les deux branches du secteur oblige à les considérer dans leur ensemble. Or pour la vente aux particuliers, il n'apparaît pas que le coût du véhicule influe sur l'achat du véhicule. Il en est probablement autrement dans le cas d'un chef de compagnie de taxi ou d'un ambulancier.

Il est donc défini ici que le marché de la vente de véhicules est distinct du marché de la réparation[112] et du marché de la vente de pièces.

[112] S'agissant du marché des services de réparation et d'entretien, on peut distinguer le marché de l'entretien et de la réparation légère du marché de la réparation lourde. Une autre distinction peut également être envisagée entre les services après-vente exécutés durant la période de garantie et ceux exécutés hors de la période de garantie.

28.- La substituabilité s'apprécie également en fonction du stade du commerce auquel l'accord vertical est conclu. La brochure explicative distingue le marché existant entre fournisseur et distributeur et le marché existant entre distributeur et utilisateur final[113]. La gamme de véhicules proposée délimite alors le marché de produit sur lequel se trouvent constructeurs et distributeurs. Les concessionnaires distribuent quant à eux toute la gamme dans leurs locaux. Il y a donc un marché de la gamme automobile et un marché pour chaque type de véhicule selon que l'acheteur est le concessionnaire ou bien l'utilisateur final.

29.- De même, des produits identiques ou substituables ne sont pas tous destinés au même type d'utilisateurs finaux. Cela crée une multitude de sous-marchés, notamment fonction du type de distribution employée. Ainsi, que ce soit pour les services, les pièces ou les véhicules, il faut distinguer le marché la pièce de première monte[114], de la pièce de rechange[115] achetée au détail[116] et de la pièce de rechange achetée en gros[117]. Il faut également distinguer le marché du neuf du marché de l'occasion[118].

---

[113] Sur les notions d'utilisateur final et de consommateur au regard du droit communautaire: M. LUBY, « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Cont. conc. consom.* janv. 2000, p. 4.

[114] CJCE, 9 nov. 1983, *MICHELIN* c/ Commission, pts 38-39 ; La Commission distingue le marché des pneumatiques de première monte du marché des pneumatiques de remplacement : Comm. CE, 20 juin 2001, *MICHELIN* ; Le Conseil de la concurrence a de son côté eu l'occasion de distinguer le marché de la batterie de première monte du marché de la batterie de renouvellement et le marché des batteries de démarrage du marché des batteries industrielles : Cons. conc. 9 mai 1995, avis n°95-A-08.

[115] Les pièces de rechange sont définies par l'article premier 1. h) du règlement 461/2010 comme « *des biens qui sont destinés à être montés dans ou sur un véhicule automobile pour remplacer des composants de ce véhicule, y compris des biens tels que les lubrifiants qui sont nécessaires à l'utilisation d'un véhicule automobile, à l'exception du carburant* ».

[116]La Brochure explicative (p. 77) estime qu'en ce qui concerne la vente au détail de pièces de rechange, certaines n'ont aucun produit substituable sur le marché. Ce sont les pièces exigées pour les réparations les plus complexes et pour lesquelles l'utilisateur final aura nécessairement recours à une marque déterminée. Dans ce cas, « *les pièces de rechange destinées à une marque donnée peuvent être définies comme un marché de produits en cause affecté par l'accord conclu entre le fournisseur et son réseau de réparateurs agréés* », p. 77, note 187. En revanche, pour les opérations d'entretien ou de réparation les plus simples (changement des pneumatiques ou des batteries), le marché offre de nombreux produits substituables.

[117] On distingue généralement le marché de la vente en gros du marché de la vente au détail : Comm. CE, 22 juill. 2002, *GENERAL MOTORS c/ DAEWOO MOTORS* ; Brochure explicative 6.2. ex. b) ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, pts 91-92. En ce qui concerne la distribution de voitures, v. p. ex. Comm. CE, 19 juill. 1999*, TOYOTA MOTOR c/ TOYOTA DENMARK* ; Comm. CE, 30 nov. 1999, *TOYOTA MOTORS c/ TOYOTA FRANCE* ; Comm. CE, 16 janv. 1992, *INCHAPE c/ IEP*.

[118] V. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 17 oct. 2002, à Monsieur le Président de la société Gueudet frères, relative à une concentration dans le secteur de l'exploitation de concessions automobiles.

30.- Dès lors, le « marché de l'automobile » est une notion générique ne reflétant pas la diversité des marchés pertinents du secteur. Cette distinction a de l'importance puisque le pouvoir de marché des constructeurs est apprécié sur ce « marché générique ». En effet, comment apprécier des parts de marché sur ce qui n'est pas un marché ? Les parts de marché sont définies sur la base des produits contractuels vendus en distinguant la vente de voitures, la vente des pièces et la vente de services de réparation. Or ces parts sont calculées sur le chiffre de vente de produits qui ne sont pas sur le même marché. L'on ne peut évidemment pas distinguer les marchés des différentes catégories de véhicules pour donner des règles différentes aux accords verticaux correspondants. Or là où un constructeur détient plus de 30 % pour la commercialisation des voitures de luxe, il en détient peut-être moins pour la commercialisation des voitures citadines.

Ainsi, ce que la Commission entend par « part de marché » est la vision de l'importance de l'entreprise sur le « marché générique » de l'automobile. Le constructeur fait donc une moyenne de son activité sur l'ensemble des marchés automobiles sur lesquels il est présent.

Une fois identifiés les différents marchés du secteur automobile il faut segmenter les produits en fonction de leur substituabilité.

2. L'identification des produits présents sur un même marché pertinent

31.- Deux produits appartiennent à un même marché s'ils sont substituables. Or, seul l'utilisateur final peut établir cette substituabilité, le constructeur appréciant uniquement la substituabilité des composants de l'automobile qu'il assemble et qui ne sont pas des critères de choix du consommateur. « *Un composant qui doit être monté sur le véhicule peut amener à définir le marché de produits en fonction des préférences du constructeur automobile. L'accord vertical conclu entre ce dernier et un équipementier affecterait par exemple le marché hypothétique des systèmes d'injection diesel pour véhicules légers, y compris les voitures particulières et les véhicules utilitaires légers* »[119]. Or il apparaît que les éléments montés sur les véhicules n'influencent pas véritablement l'utilisateur final. L'automobile est un bien appréhendé dans son ensemble par le consommateur, le constructeur n'est donc pas influencé directement par ce dernier lors de la conception des véhicules.

[119] V. Comm. CE, 11 juill.1996, *LUCAS/VARITY*.

32.- Pour ce qui est du marché des véhicules automobiles, le point de départ de la mise en œuvre du principe de la substituabilité des produits est la catégorisation des véhicules offerts à la vente par les constructeurs automobiles sur le marché communautaire. La segmentation suivante illustre la catégorisation effectuée par la Commission même si elle est amenée à évoluer en fonction des affaires qu'elle traite : segment A : mini-voitures ; segment B. petites voitures ; segment C. voitures moyennes ; segment D. grandes voitures ; segment E. voitures de cadres ; segment F. voitures de luxe ; segment S. voitures de sport ; segment M. voitures à usages multiples ; segment J. voitures de sport utilitaires dont les voitures à quatre roues motrices[120]. Ainsi, au sein du marché des voitures particulières, les caractéristiques des véhicules entrent en jeu pour distinguer les différents marchés : « *Les critères déterminants à cet égard sont notamment le prix de vente et la longueur du véhicule. D'autres facteurs, comme la taille du moteur, la qualité ou le prestige, jouent en revanche un rôle moindre pour la classification des véhicules* »[121].

Au demeurant, il faut vérifier l'existence de chaînes de substitution entre produits qui ne sont pas directement substituables[122]. Ainsi, si A est considéré comme substituable à B, mais pas à C, mais B est considéré comme substituable à C, le marché de produits en cause peut comprendre les véhicules de catégorie ABC. La substituabilité de A et C avec la voisine B peut constituer une contrainte suffisante pour le comportement concurrentiel des fournisseurs de A et C[123]. Cela signifie que les segments rappelés par la brochure explicative sont des marchés, mais en raison des chaînes de substitution ils peuvent s'élargir.

Devant cette multitude de ramifications du marché de produit automobile, il est compréhensible que la Commission se satisfasse d'une appréciation grosso modo[124].

---

[120] V. F. VERBOVEN, *op. cit.* (v. note n°94).

[121] Comm. CE, 10 oct. 2001*, DAIMLER-CHRYSLER*, pt. n°23.

[122] « 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 déc. 1997, pt. n°57.

[123] Pour des exemples : CJCE,14 févr. 1978, *UNITED BRANDS COMPANY et UNITED BRANDS CONTINENTAL BV* c/ Commission. Sur l'application de l'article 102 : « *le marché de la banane constitue un marché suffisamment distinct de celui des autres fruits frais* ». Ici pour déterminer le marché, la Commission étudie l'effet de l'arrivée des fruits de saison sur la consommation de la banane. N'ayant qu'un faible effet la banane n'est pas sur le même marché puisque la demande ne s'est pas déplacée vers ces autres fruits ; de même, il existe des sous marché du sucre cristallisé au détail, à l'industrie, des sucres spéciaux, des sucres liquides…CJCE, 18 juill. 1988, *NAPIER BROWN c/ BRITISH SUGAR* ; de même, le marché de l'eau est différent de celui des boissons rafraîchissantes sans alcool. Mais la Commission a du mal à le différencier du marché de l'eau de source gazeuse et aromatisée : Comm. CE, 22 juill. 1992, *NESTLE c/ PERRIER*

[124] « 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 déc. 1997, pt. n°26 et pt. n°27.

Le marché de produit tel qu'il vient d'être exposé n'est qu'une des deux composantes du marché pertinent. Il faut à présent identifier les zones géographiques sur lesquelles les produits sont distribués.

II. Les marchés géographiques du secteur automobile

33.- La délimitation du marché géographique a un double intérêt. Le premier est d'identifier le droit applicable. Ainsi, le droit communautaire est applicable à toutes les entreprises dont les comportements ont des effets sur le marché communautaire, c'est le cas des marchés automobiles.

Le second intérêt est de délimiter l'espace dans lequel les pratiques doivent être appréciées, c'est-à-dire le territoire sur lequel les entreprises engagées sont dans des conditions de concurrence homogènes. On le distingue d'autres zones, car les conditions de concurrence diffèrent. « *Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »[125]. Pour définir cette zone (B), il faut alors relever des critères objectifs d'homogénéité ou d'hétérogénéité de la concurrence (A).

A. Le principe d'homogénéité de la concurrence

34.- L'homogénéité signifie que les offreurs sont dans des conditions d'offre équivalentes. Le marché est la « *zone dans laquelle les conditions objectives de concurrence du produit en cause* » sont « *similaires pour tous les opérateurs économiques* »[126]. Il n'est nullement nécessaire que les conditions objectives de concurrence entre les opérateurs économiques soient parfaitement homogènes. Il suffit qu'elles soient « *similaires* » ou

[125] *Ibid.*

[126] CJCE,14 févr. 1978, *UNITED BRANDS COMPANY et UNITED BRANDS CONTINENTAL BV* c/ Commission, pt. n°44.

« *suffisamment homogènes* »[127]. Ces conditions objectives de concurrence sont donc relatives aux règles légales sur l'importation ou la distribution, le coût du transport, les écarts de prix entre zones géographiques.

Ce principe d'homogénéité de la concurrence doit désormais être appliqué aux marchés de la vente et de l'après-vente automobile.

B. L'application du principe d'homogénéité de la concurrence

35.- S'agissant de la distribution des services d'entretien et de réparation et de la distribution des pièces de rechange, le marché géographique retenu par la Commission européenne est de dimension nationale[128]. Mais des marchés régionaux ou locaux sont envisageables selon l'exécutif français[129].

36.- S'agissant de la distribution des véhicules, certains marchés géographiques ont été reconnus par la Commission comme étant de dimension nationale. Il en est ainsi du marché des autobus urbains et des autocars interurbains[130], du marché des utilitaires moyens ou encore des poids lourds[131], les marchés qui intéressent la présente étude ne l'ont pas clairement été. C'est le cas du marché des véhicules particuliers et des véhicules utilitaires légers[132].

Il est vrai que l'objectif premier du règlement n°1400/2002 étant l'européanisation du marché automobile, il contribue actuellement à l'européanisation du marché de la distribution des véhicules particuliers et des véhicules utilitaires légers[133]. Cependant, il y contribue sans réellement y parvenir[134].

---

[127] TPICE, 6 oct. 1994, *TETRA PAK* c/Commission, pt. n°91 ; CJCE, 14 nov. 1996, *TETRA PAK* c/Commission : Par exemple, les coûts de transport du produit ne sont pas nécessairement identiques pour que la concurrence s'exerce entre producteurs. Mais ils sont homogènes dès lors qu'ils ne sont pas discriminatoires.

[128] Brochure explicative, p. 82 et 83.

[129] Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 8 nov. 2002, aux conseils de la société RFA Nord, relative à une concentration dans le secteur de la distribution au détail de véhicules automobiles, qui fait état de « contraintes de proximité manifestes, liées à la prestation de tels services de réparation ou de maintenance »).

[130] Comm. CE, 22 oct. 1998, *RENAULT c/IVECO*.

[131] Comm. CE, 14 mars 2000, *VOLVO c/SCANIA*.

[132] Comm. CE, 22 juill. 2002, *GENERAL MOTORS/DAEWOO MOTORS*, pt. n°25 .

[133] Comm. CE, 30 avr. 2004, *FORD MOTOR COMPANY c/ POLAR MOTOR GROUP*, pt. n°9.

[134] Rapp d'évaluation du règlement n°1400/2002.

« *Au soutien d'un marché de dimension européenne, on peut relever que depuis l'introduction des certificats de conformité communautaire, les barrières techniques aux échanges entre États membres ont disparu. Il faut cependant souligner que de nombreux autres facteurs plaident en faveur de l'identification de marchés de dimension nationale : les écarts importants de prix, les différences d'équipements standards ou en option d'un État membre à un autre, certaines pratiques de cloisonnement qui perdurent malgré les efforts de la Commission, les différences linguistiques et culturelles, etc.* »[135].

Aussi, si « *le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable*[136] » et « *étant donné que, comme cela semble être le cas actuellement, les distributeurs achètent en fait sur une base nationale, que les écarts de prix et de pénétration du marché sont importants d'un État membre à l'autre et que le commerce parallèle est* minime »[137], alors « *les marchés de détail sont réputés être nationaux* »[138].

De plus, l'organisation pyramidale des réseaux au sein de chaque pays démontre bien la séparation des marchés. Il y a une multitude de réseaux qui ne communiquent pas entre eux. Cette absence de flux inter-réseaux, mais intramarques est confirmée par les constructeurs qui veillent sur ce cloisonnement territorial. Il faut par conséquent en conclure que les marchés géographiques sont au maximum de dimension nationale même s'ils ont vocation à devenir européens.

La détermination des marchés pertinents n'est pas une fin en soit. C'est seulement une étape dans le processus d'appréciation de la position d'une entreprise sur un marché. La seconde étape est par conséquent le calcul des parts de marché de cette entreprise.

[135] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42).

[136] « 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 déc. 1997.

[137] Brochure explicative, p. 81.

[138] *Ibid.*

§2. Le calcul des parts de marché des constructeurs automobiles

37.- La multiplicité des sources du régime automobile actuellement en vigueur suppose de distinguer selon que ce calcul concerne la vente de véhicules, de pièces de rechange ou de services de réparation et d'entretien (I). Ce calcul suppose par ailleurs de prendre en compte les parts de marché des entreprises liées (II).

I. Un calcul différencié selon l'objet du calcul

38.- L'existence de plusieurs sources réglementaires nécessite de différencier le mode de calcul des parts de marché selon qu'il concerne la vente de véhicules neufs (A) ou la vente de pièces de rechange ou de services (B).

A. Le calcul des parts de marché en matière de vente d'automobiles

39.- Les règles de calcul des parts de marché en matière de distribution de véhicules sont commandées par le règlement n°1400/2002 jusqu'au 1er juin 2013, date à laquelle il faudra se référer au règlement n°330/2010. Ce dernier régit déjà, et dans les mêmes conditions qu'il le fera pour la distribution de véhicules, la distribution de pièces de rechange.

Le calcul s'effectue, « *pour la distribution de véhicules automobiles neufs, sur la base du volume des biens contractuels et biens correspondants vendus par le fournisseur, ainsi que de tout autres types de biens vendus par le fournisseur et que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »[139]. Celui-ci est calculé sur la base des données relatives à l'année civile précédente et doit inclure les biens ou les services fournis aux distributeurs intégrés aux fins de la vente[140].

Cependant, « *si le volume des ventes nécessaire aux fins de ces calculs n'est pas disponible, des données exprimées en valeur peuvent être utilisées ou inversement. Si ces*

[139] Article 8. 1. a) du règlement 1400/2002.

[140] *Ibid.,* Article 8. 2, a) et b).

données ne sont pas disponibles, des estimations fondées sur d'autres informations fiables sur le marché peuvent être utilisées » [141].

Il faut par conséquent tenir compte des parts de marché du fournisseur[142] à moins d'être en présence d'accords contenant une « *obligation de fourniture exclusive » auquel cas ce sont les parts de marché de l'acheteur qu'il y a lieu de prendre en compte*[143]*. D'ailleurs, dans ce cas, « ce sont respectivement soit le volume ou la valeur d'achat sur le marché, soit leur estimation qui est utilisée pour calculer la part de marché* »[144].

Il faut remarquer qu'avec le règlement 330/2010 ce calcul va changer. L'introduction du double seuil de parts de marché engendre un calcul à la fois par rapport au fournisseur et par rapport à l'acheteur, ce qui entraîne nécessairement la suppression de la règle sur les accords de fourniture exclusive[145].

En ce qui concerne le calcul des parts de marché sur le marché secondaire de l'après-vente automobile, il faut se référer non pas au règlement 1400/2002, mais au règlement 330/2010 relatif au traitement général des restrictions verticales.

B. Le calcul des parts de marché en matière d'après-vente automobile

40.- En ce qui concerne la distribution de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien, il faut se référer, depuis le 1er juin 2010 au règlement n°330/2010, le règlement n°461/2010 ne traitant pas de ce point.

L'article 3. 1. du règlement n°330/2010 dispose que l'exemption « *s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels* ». Il y a là une originalité majeure par rapport à l'ancien régime résultant du règlement n°1400/2002 qui s'intéressait uniquement aux parts de marché du fournisseur. « *L'importance accordée par la Commission au pouvoir de marché de l'acheteur est motivée par la forte concentration que connaissent depuis ces dernières années certains secteurs*

[141] *Ibid.,* Article 8. 1, in fine.

[142] *Ibid.,* Article 3. 1.

[143] *Ibid.,* Article 3. 2.

[144] *Ibid.,* Article 8. 1, in fine.

[145] Article 3. Du règlement 330/2010.

d'activité et en particulier celui de la grande distribution. Sur ce point, l'idée du règlement est que la puissance d'achat peut renverser le pouvoir de négociation dans la chaîne verticale et ainsi faciliter la mise en oeuvre de restrictions verticales par l'acheteur en l'absence même de pouvoir de marché du fournisseur »[146].

Par ailleurs, l'article 7 énonce les règles de calcul. Celui-ci se fait sur « *la base de données relatives à la valeur des ventes sur le marché et la part de marché de l'acheteur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des achats sur le marché* »[147]. Il s'effectue « *sur la base de données relative à l'année civile précédente* »[148] mais à défaut d'avoir les données nécessaires, « *la détermination de la part de marché de l'entreprise considérée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes et des achats sur celui-ci* »[149]. Les règles de calcul sont donc similaires à celles énoncées par le règlement 1400/2002.

Enfin, au calcul des parts de marché (relatives à la vente ou à l'après-vente), doivent être associées les parts de marché des entreprises considérées comme liées à l'entreprise.

II. Un calcul intégrant les parts de marché des entreprises liées

41.- Qu'il concerne la distribution de véhicules ou la distribution de pièces de rechange ou de services de réparation, le calcul des parts de marché intègre le chiffre d'affaires des entreprises liées. En effet, la Commission européenne, au travers de la notion d'« entreprises liées », réunit les parts de marché de plusieurs entreprises pour leur appliquer de manière globale les contraintes de l'exemption[150]. Il faut relever à ce titre que le régime des entreprises liées est identique dans le règlement n°1400/2002 applicable à la vente de véhicules et dans le règlement n°330/2010 applicable à l'après-vente. Il sera donc fait référence à l'un, à l'autre, et à la brochure explicative du premier qui apporte des précisions opportunes.

---

[146] E. BARANES, « Quelles justifications économiques du double seuil en parts de marché ? », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 16.

[147] Article 7. a) du règlement 330/2010.

[148] *Ibid.,* Article 7. b).

[149] *Ibid.,* Article 7. a).

[150] Sur la notion de groupe de société en droit de la concurrence v. L. ARCELIN-LECUYER, « L'entreprise et le groupe de sociétés en droit communautaire de la concurrence : de l'unité économique à la représentation unique », *Lamy dr. aff*. avr. 2010, n°48, p. 57.

42.- L'étude suppose d'identifier la notion d'entreprise liée. Ces entreprises sont définies comme des fournisseurs de produits[151]. Or les fournisseurs sont définis dans le règlement n°1400/2002 comme des entreprises[152]. Il est donc nécessaire de définir ce qu'est une entreprise.

C'est « *une notion moderne qui a du mal à s'intégrer dans les catégories juridiques classiques. Elle n'est ni un sujet de droit, car elle n'a pas de personnalité juridique et doit emprunter celle de l'entrepreneur, ni un objet de droit, car certains de ses éléments développent des dimensions extrapatrimoniales* »[153]. Elle peut toutefois être définie par une approche économique comme un « *centre autonome de décision exerçant une activité économique* »[154]. Aussi l'entreprise a été réifiée et personnifiée, « *l'action qu'elle signifiait jadis est devenue dans le langage juridique l'entité qui la réalise* »[155].

La jurisprudence constante de la Cour de justice des communautés européennes énonce que, « *dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'« entreprise » comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »[156]. D'autre part, « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »[157].

Cette définition est importante dans le calcul des parts de marché, car elle va permettre d'intégrer ou non les marques membres du même groupe de constructeur que l'entreprise considérée. C'est ce que l'on peut penser étant donné que les entreprises détenues par les entreprises qui détiennent la partie à l'accord sont des entreprises liées. Cela veut donc dire que les marques automobiles détenues par le groupe rentrent dans le calcul des parts de marché d'une marque de ce groupe. Le groupe n'a pas la personnalité morale, mais l'entreprise holding qui la « gère » est une société comme les autres. La société Automobiles Peugeot qui est une filiale du groupe Peugeot Société Anonyme est donc une entreprise liée à

[151] Article premier 1. a) du règlement 1400/2002 et article premier 1. 2, du règlement 330/2010.

[152] Article premier 2, du règlement 1400/2002.

[153] T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *RTD com.* 2006 p. 709.

[154] *Ibid.*

[155] *Ibid.*

[156] CJCE, 10 janv. 2006, *CASSA DI RISPARMIO DI FIRENZE ET AUTRES*, pt. n°107.

[157] *Ibid.*, pt. n°108.

Automobiles Citroën qui est une autre de ses filiales. Il faut donc définir si la société holding exerce une activité économique au sens de la CJCE.

Généralement, l'activité économique est directement exercée sur le marché, « *cependant il n'est pas exclu qu'elle soit le fait à la fois d'un opérateur en contact direct avec le marché et indirectement, d'une autre entité contrôlant cet opérateur dans le cadre d'une unité économique qu'ils forment ensemble* »[158]. Il paraît clair que la société mère d'un groupe automobile est en concurrence avec d'autres et que les filiales du groupe répondent de la politique de celle-ci.

C'est l'application de cette règle qui rend l'application du règlement possible. En effet, la concentration de l'industrie automobile a au fil des années créé des groupes de sociétés[159] détenant des parts de marché très importantes. Les marques automobiles prises séparément ne se verraient que peu contraintes par le règlement. La brochure explicative du règlement n°1400/2002 énonce cette idée au point 6.2 en commentaire de l'article premier du règlement sur les définitions. « *Pour l'accord conclu par une marque constituant une entité juridique distincte, le calcul des parts de marché doit, aux fins du règlement, additionner les ventes sur le marché en cause des autres marques faisant partie de la même entreprise, entreprises liées incluses* ». De même, si une marque ne dépasse pas les seuils, mais que le cumul des parts des marques liées les dépasse alors la première devra respecter les règles d'exemption, du seuil supérieur. Enfin, si un accord est utilisé sur des marchés en cause différents, l'exemption ne s'applique que sur les marchés sur lesquels les seuils ne sont pas dépassés.

Il y a une volonté forte de la Commission européenne d'entendre au plus large la notion d'« entreprise liée » afin de se donner les outils nécessaires au contrôle du secteur. Cela paraît normal à partir du moment où la base du contrôle s'établit sur des parts de marché. Les articles 1) 2. du règlement n°1400/2002 et 1) 2. du règlement n°330/2010 précisent les conditions dans lesquelles deux entreprises sont considérées comme liées. Il est cependant inutile de relater ce qui ne serait que de peu d'intérêt pour l'étude, il sera donc fait l'impasse sur ces conditions.

En définitive, les parts de marché vont alors commander l'application des règles du règlement d'exemption. En effet, l'importance d'un constructeur sur le « marché générique »

[158] CJCE, 10 janv. 2006, *CASSA DI RISPARMIO DI FIRENZE ET AUTRES*, pt. n°109 et n°110.

[159] Exemples de groupes automobiles présents sur le territoire européen illustrant la concentration des constructeurs : Groupe Fiat : Alfa Romeo, Lancia, Fiat, Ferrari, Maserati ; Groupe Volkswagen AG: Audi, Seat, Skoda, Volkswagen ; Groupe General Motors : Cadillac, Chevrolet, Daewoo, Opel, Saab, Vauxhall, GMC, Hummer ; Groupe PSA Peugeot-Citroën: Citroën; Peugeot ;Groupe Ford: Ford, Mazda, Mercury, Volvo, Jaguar, Land Rover.

automobile détermine quelles règles l’accord doit respecter pour bénéficier de l’exemption par catégorie prévue par l’article 101 §3 (anc. art. 81 §3) du traité.

SECTION 2

L'EXAMEN DES CONDITIONS D'EXEMPTION DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

43.- La distribution automobile a dû évoluer sous l'impact de la réglementation européenne. Alors qu'avant 2002 les constructeurs pouvaient mettre en place des réseaux de concessions exclusives, permettant à la fois d'imposer une exclusivité territoriale et d'interdire la revente hors réseau, ils doivent désormais faire un choix. La Commission a réorganisé la distribution en tenant compte du pouvoir de marché des réseaux. Sont alors mis en avant les systèmes de distribution exclusive, organisant le maillage du territoire, mais ne permettant pas de fermer le réseau aux distributeurs indépendants, et les systèmes de distribution sélective, ne permettant pas le contrôle strict du maillage, mais fermant les réseaux. Effectivement, « *la distribution de produits hors réseau dans des conditions qui s'affranchissent des exigences résultant de l'appartenance au réseau, sans aucun souci de présentation et de qualité constitue un acte de concurrence déloyale* »[160].

Au demeurant, le silence des textes quant à la mise en place d'autres modes de distribution présume de cette possibilité. La distribution de véhicules sous forme de franchise serait à ce titre envisageable[161] dès lors que les conditions d'exemption sont respectées[162]. D'ailleurs, les règlements définissent le « savoir-faire », élément essentiel du contrat de franchise[163]. À noter que le règlement 330/2010, à la différence du règlement 1400/2002,

---

[160] J.-P. VIENNOIS, « Violation d'un réseau de distribution sélective », *Prop. Ind.*, Juin 2004, n°6, note sous CA Riom, 1re ch. civ., 6 nov. 2003, *Sté POLO/LAUREN COMPANY Lp, c/ SARL DIFFUSION*.

[161] Elle a d'ailleurs été mise en œuvre par la société belge Doyen Auto qui a initié début 2009 une nouvelle stratégie de différenciation maximale : « *nous avons un besoin de croissance numérique sur le marché, mais nous savons que nous ne pouvons pas aller chercher les résultats des leaders du marché avec les mêmes moyens. La franchise API est notre boîte à outils pour nous développer sur le marché* », explique T. DONINI. « Située *à mi-chemin entre les réseaux succursalistes où la tête de réseau impose au site ce qu'il souhaite et les réseaux volontaires (du type Starexcel, NDLR) où les adhérents délèguent à la tête de réseau certaines activités sans engagements contraignants, la franchise est un bon compromis puisqu'elle repose sur le partage d'intérêts entre le franchisé et le franchiseur* », souligne J. BEAUDOUIN (MVS COM) ; v. E. BINOIS, « Doyen mise sur le concept de la franchise pour conquérir la France », *autoactu.com*,19 oct. 2009.

[162] L. VOGEL et J. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°42) ; D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42) ; J.-P. VIENNOIS, *op. cit.* (v. note n°42).

[163] Le savoir-faire est défini comme *« un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, issues de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas*

insère le savoir-faire dans les droits de propriété intellectuelle[164], ce qui fragilise l'accord de franchise. L'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords ayant pour objet principal la cession ou l'utilisation de droit intellectuels. Or le contrat de franchise est caractérisé par la transmission de signes distinctifs et de savoirs faires[165]. Dès lors, le règlement 330/2010 a-t-il vocation à s'appliquer à la franchise ? le fait que les lignes directrices abordent son exemption pousse à répondre par l'affirmative.

44.- En application de l'approche économique retenue dans les règlements d'exemption « *nouvelle génération* », la Commission estime que tant que les seuils en question ne sont pas dépassés ces accords de distribution apportent plus à la concurrence que ce qu'ils ne lui coûtent. La chaîne de production ou de distribution est alors améliorée par la coordination des entreprises participantes. Ils peuvent notamment diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs ventes et de leurs investissements. Au-delà des seuils, la situation s'inverse et l'efficience économique[166] apportée ne contrebalance plus les effets néfastes sur la concurrence[167].

Le fait d'établir des seuils plus ou moins hauts est ainsi révélateur de la volonté politique de la Commission. Les seuils hauts tendent vers plus de libéralisme et de souplesse en ne concernant qu'un nombre limité d'entreprises tandis qu'un seuil bas tend vers plus de protectionnisme, de fermeté et de sévérité par un plus grand interventionnisme de la règle.

La Commission a alors défini ces seuils d'après le constat suivant. « *Lorsqu'une entreprise n'a pas de pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution, avec ou sans l'aide de restrictions verticales. En revanche, lorsqu'elle jouit d'un pouvoir de marché, elle peut aussi être tentée d'accroître ses bénéfices aux dépens de ses concurrents immédiats en augmentant leurs coûts (...)* ». Ainsi, « *les seuils en dessous desquels on peut présumer que les avantages*

---

généralement connu ou facilement accessible ; « substantiel » signifie que le savoir-faire inclut des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ; « identifié » signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité » : Article 1. 1, j) du règlement 1400/2002 et article premier 1, g) du règlement 330/2010.

[164] Article 1. f) du règlement 330/2010.

[165] D. FERRIER, « La franchise : un contrat d'exploitation de droits intellectuels », *in liber amicorum* G. BONET, *Droits de propriété intellectuelle*, Litec, 2010.

[166] Sur cette notion v. F. PUEL, « Gains d'efficience », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 54.

[167] Considérants (5) et (6) du règlement 1400/2002 et considérants (6) et (7) du règlement 330/2010.

procurés par les accords verticaux l'emportent sur leurs effets restrictifs doivent varier en fonction des caractéristiques des différents types d'accords verticaux »[168].

L'étude suppose par conséquent de préciser quels sont les modes de distribution que les règlements applicables au secteur automobile considèrent comme admissibles (§1) avant de préciser quelles sont les conditions d'exemption commandant leur admission (§2).

Il faut remarquer auparavant que le champ d'application du règlement 1400/2002 est des plus larges. Traiter de la concurrence dans un secteur économique suppose en effet un champ d'application organique étendu. Outre les constructeurs automobiles et leurs concessionnaires directs, l'exemption concerne également les personnes qui achètent pour revendre des véhicules automobiles ou des pièces détachées, même si le fabricant a constitué un système de distribution à plusieurs niveaux[169]. Les agents sont à ce titre soumis au texte[170]. Sont couverts également les prestataires de services de réparation et d'entretien[171] qu'ils soient agréés ou indépendants. De même que les associations de concessionnaires ou de réparateurs qui effectuent des achats groupés de véhicules automobiles ou de pièces de rechange[172], bien que les accords entre membres ne le sont pas[173]. Quant aux intermédiaires mandataires et aux sociétés de crédit bail, le règlement s'applique également étant donné leur qualité d'utilisateur final[174].

---

[168] Considérant n°(7) du règlement 1400/2002.

[169] Comprenant un constructeur, un distributeur principal et un distributeur secondaire ou un agent (considérant (3)). Ces accords sont couverts indépendamment du fait que les distributeurs secondaires puissent être choisis par le constructeur et liés contractuellement à celui-ci ou que les distributeurs principaux choisissent les distributeurs secondaires et passent contrat avec eux sur la base de critères fixés par le fournisseur (Brochure explicative, question n°3, p. 19).

[170] À condition d'être en présence de vrais contrats d'agence. L'agent agit alors comme un mandataire chargé en cette qualité de conclure ou simplement de négocier des contrats de vente au nom et pour le compte du distributeur.

[171] « *Un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui agit au sein d'un système de distribution créé par un fournisseur de véhicules automobiles* » (Article 1, 1, l). Étant précisé qu'un « *réparateur agréé agissant au sein du système de distribution d'un fournisseur donné est réputé être un réparateur indépendant aux fins du présent règlement dans tous les cas où il fournit des services de réparation et d'entretien portant sur des véhicules automobiles d'un autre fournisseur au réseau duquel il n'appartient pas* ». Le réparateur multimarque est ainsi réputé indépendant.

[172] À la condition qu'aucun des membres de l'association ne réalise un chiffre d'affaires annuel total supérieur à 50 millions d'euros (Article 2, 2, a.). Les associations de fabricants ne sont en revanche pas visées.

[173] Les accords conclus entre les membres de l'association et les décisions de l'association demeurant soumis aux lignes directrices relatives aux accords horizontaux **:** Communication de la Commission, du 6 janv. 2001, lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JOCE n°C. 3 du 6 janv. 2001.

[174] Sur ces deux points v. D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42).

§1. L'admissibilité des réseaux de distribution automobile

45.- En matière automobile, plusieurs textes sont applicables en fonction de l'activité considérée. Ainsi, la distribution de véhicules est soumise jusqu'au 31 mai 2013 au règlement n°1400/2002, date à laquelle cette activité sera soumise au règlement n°330/2010, tandis qu'en matière de distribution de pièces de rechange et de services de réparation ce sont le règlement n°330/2010 et n°461/2010 qui s'appliquent.

Pour autant, les dispositions de ces différents règlements sont similaires pour ce qui est de l'admissibilité des réseaux de distribution. Les solutions apportées par un texte (brochure explicative, lignes directrices, questions fréquemment posées) sont applicables de manière générale à toutes les activités.

Au demeurant, la distribution directe par le constructeur des véhicules est par ailleurs prévue par les règlements à condition de savoir lire entre les lignes. Ainsi, certains accords entre entreprises concurrentes[175] entrent dans le champ d'application du règlement. Il s'agit des accords non réciproques conclus, soit avec un acheteur dont le chiffre d'affaires annuel total ne dépasse pas 100 millions d'euros, soit avec un fournisseur qui « *est un producteur et un distributeur de biens, alors que l'acheteur est un distributeur qui ne fabrique pas des biens concurrents des biens contractuels* », soit avec un fournisseur qui est « *un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, alors que l'acheteur ne fournit pas de services concurrents au niveau d'activité commerciale où il achète les services contractuels* »[176]. Cela permet au constructeur de mettre en place deux modes de distribution, l'un direct, l'autre indirect. D'ailleurs, la brochure explicative qualifie de dual ce système de distribution[177].

La multiplicité des sources réglementaires et explicatives ne justifie donc pas des études dissociées. Au contraire, la distinction retenue aux fins de l'étude oppose la distribution des biens contractuels, qui relève tant du règlement n°1400/2002 que du règlement n°330/2010 (I), et la distribution des services contractuels, qui relève uniquement du règlement n°330/2010 (II).

---

[175] Étant précisé que les entreprises concurrentes sont définies par le règlement comme des « *fournisseurs réels ou potentiels sur le même marché de produits ; le marché de produits comprend les biens ou les services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables avec les biens ou les services contractuels en raison des caractéristiques et des prix des produits ainsi que de l'usage auquel ils sont destinés* » : Article 1. 1, b).

[176] Article 2. 3, du règlement 1400/2002 ; à quelques termes près, l'article 2.4, a) et b) dispose des mêmes règles.

[177] Brochure explicative, question n°4, p. 20.

I. L'admissibilité des réseaux de distribution de biens contractuels

46.- Les biens contractuels, qu'ils soient véhicules automobiles ou pièces de rechange, sont distribués selon les mêmes modalités contractuelles. La Commission européenne ayant interdit en 2002 l'octroi aux distributeurs de concessions exclusives, les fournisseurs ont dû choisir entre la distribution exclusive (A) ou la distribution sélective[178] (B).

A. L'admissibilité des réseaux de distribution exclusive

47.- Afin de cerner sous tous ses aspects la question de la distribution exclusive de véhicules ou de pièces automobiles, il est intéressant d'étudier dans un premier temps les règles posées de cette distribution par la Commission (1) avant d'étudier dans un second temps le cas particulier de l'e-distribution, attendue comme un nouveau mode de distribution automobile[179] (2).

1. L'exemption des accords de distribution exclusive

48.- La distribution exclusive est un mode de distribution implicitement admis par la Commission européenne dans le règlement n°1400/2002 (a). Ce type de distribution permet la répartition territoriale des concessionnaires, mais ne permet pas leur sélection qualitative. Pour autant, le pouvoir du constructeur de désigner ses concessionnaires exclusifs est-il discrétionnaire (b) ?

[178] Étant précisé que le fournisseur peut faire coexister ces systèmes dans différents États membres ou dans différentes zones d'un même État membre : « Questions fréquemment posées » relatives au règlement 1400/2002, question n°11, p. 7.

[179] P. THIEFFRY, « La distribution automobile sur internet », *Cont. conc. consom.* Janv. 2003, p. 3 ; C. ISMAILOW-NOUALS, *op. cit.* (v. note n°75).

a) Une admissibilité implicite de la distribution exclusive

49.- La distribution exclusive[180] est un mode de distribution implicitement prévu par les règlements d'exemption. Il faut alors lire le point d) de l'article 4 du règlement n°1400/2002 ou le point c) de l'article 4. du règlement n°330/2010 sur les restrictions caractérisées (empêchant l'exemption de l'accord dans son ensemble) pour comprendre. Ces articles disposent que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet « *la restriction des ventes actives ou passives de voitures (...) par les membres d'un système de distribution sélective*... ». Un accord de distribution reposant sur la sélection des distributeurs ne peut donc pas contenir valablement une obligation de fourniture exclusive puisque les ventes actives et passives en sont la conséquence. Cela signifie donc que ne peuvent être conjugués les effets d'une sélection et d'une exclusivité territoriale. Ce sont ces articles qui empêchent alors les accords de concession exclusive tels qu'ils existaient avant 2002 dans la distribution de biens contractuels.

Cela ne remet cependant pas en cause la clause d'exclusivité en elle-même, c'est seulement sa conjugaison avec la sélection qui n'est pas exemptée. Peuvent donc exister des accords de distribution organisant l'octroi au distributeur de territoires exclusifs.

50.- La Commission contredit « *la vocation naturelle de l'automobile à être distribuée par la voie de la concession exclusive* ». D'ailleurs, « *l'utilisation de la concession non seulement pour la distribution des véhicules automobiles dans presque tous les pays, mais également pour la distribution de produits de technicité analogue, tels que matériels agricoles, bateaux [...] traduit bien la pertinence économique de cette formule* »[181]. Il apparaît que l'exclusivité territoriale favorise l'amortissement de ses investissements par le distributeur, investissements très lourds dans le secteur automobile[182]. Cependant, pour la Commission, la concession est trop favorable aux grands groupes de concessionnaires qui pourraient s'en servir pour solidifier leur position sur le marché[183].

---

[180] Sur la distribution exclusive, v. D. FERRIER, V° « Accords de distribution », *Rép. comm. Dalloz* et *op. cit.* (v. note n°83).

[181] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°2).

[182] Sur l'exclusivité envisagée comme favorisant les investissements, v. N. ÉRÉSÉO, *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008.

[183] En ce sens v. L. VOGEL et J. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°39).

En pratique, la distribution exclusive est un type de commercialisation peu repris par les constructeurs, car il ne permet pas de fermer le réseau comme le fait la distribution sélective. C'est un système de distribution où le fournisseur s'engage à ne livrer sur un territoire déterminé qu'un distributeur. Il permet d'organiser le maillage du territoire par des clauses d'exclusivité territoriale, mais il ne permet pas d'interdire aux distributeurs agréés de fournir des distributeurs indépendants.

Au demeurant, l'absence de cumul entre exclusivité territoriale et sélection qualitative permet-elle au constructeur de choisir discrétionnairement ses partenaires commerciaux ?

b) Un pouvoir de sélection discrétionnaire ?

51.- Le pouvoir de sélection des distributeurs a été un temps qualifié de discrétionnaire, car « le *concédant a le droit de traiter avec le contractant de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé* »[184]. Toutefois, la Cour de cassation a retenu la solution contraire dans un autre domaine.

Un candidat refusé par la Seita avait accusé le concédant d'entente et d'abus de position dominante. La Cour d'appel avait rejeté sa demande, mais la Cour de cassation[185] a censuré l'arrêt au motif qu'« *en se déterminant par référence à des critères quantitatifs et qualitatifs imprécis, discrétionnairement mis en application pour la Seita, et qui ne permettent pas de vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». La Cour semble alors s'inspirer de la solution applicable à la distribution sélective[186] pour reconnaître l'obligation du concédant de divulguer la liste des critères de sélection. Mais naturellement, en matière de distribution exclusive, la jurisprudence est moins

[184] Cass. Com., 7 avril 1998, *D.* 1998, somm. p. 332, obs. D. FERRIER, après un pourvoi contre CA Nîmes, 25 janv. 1996, *D.* 1997, somm. p. 53, obs. D. FERRIER ; dans le même sens Cons. conc., 4 juin 1997.

[185] Cass. Com. 25 janv. 2000, *Cont. conc. consom*. 2000, comm. n°64, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *Juris. auto.* 2000, p. 364.

[186] En ce sens, v. C. CHAMPALAUNE, « La réforme de l'exemption des « accords automobiles » au regard du droit des contrats », *Cah. dr. ent.* 2003, n°5, p. 15 ; P. ARHEL, *op. cit.* (v. note n°39).

sévère qu'en matière de distribution sélective pour ce qui est des conditions de sélection des distributeurs[187].

52.- Si certains auteurs pensent que la sélection des distributeurs exclusifs du secteur automobile doit respecter ces règles[188], cet arrêt, non publié au bulletin ne permet toutefois pas d'appliquer sa solution à la distribution exclusive automobile. Les règlements automobiles restent silencieux. Le tribunal de commerce de Paris n'a d'ailleurs pas contrôlé les critères de sélection alors qu'il en avait l'occasion[189].

En fin de compte, les règles de la distribution exclusive permettent au distributeur d'avoir l'exclusivité de la vente active sur un territoire. Toutefois, les distributeurs opérant depuis des zones de distribution exclusive sont autorisés à ventre activement aux consommateurs situés dans des zones dans lesquelles la distribution exclusive n'a pas lieu. Ils tireraient profit des différentiels de prix et constitueraient une part du commerce parallèle[190], ce que la Commission approuve.

Du reste, comment cette distribution se conjugue-t-elle avec la distribution électronique ? Un concessionnaire ou le constructeur trahissent-ils l'exclusivité territoriale s'ils décident de commercialiser les produits contractuels sur le net, là où les frontières n'existent pas ?

2. La distribution exclusive au regard de la distribution électronique

53.- La création d'un site internet par le fournisseur ou l'un des concessionnaires ne constitue pas une violation de la clause d'exclusivité[191]. Le site internet n'est pas appréhendé

[187] Cass. Com. 7 avr. 1998, *D.* 1998, somm. p. 332, obs. D. FERRIER ; *Cont. conc. consom*. 1998, comm. 118, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO ; *Juris. auto.* 1998, p. 420 ; *RTD civ.* 1999, p. 79, obs. J. MESTRE ; Après un pourvoi contre CA Nîmes, 25 janv. 1996, *D.* 1997, p. 53, obs. D. FERRIER.

[188] En ce sens, v. P. ARHEL, *op. cit.* (v. note n°39) ; C. CHAMPALAUNE, *op. cit.* (v. note n°186).

[189] T. Com. Paris, 22 mai 2007, *SALENTINE AUTOMOBILES c/ GENERAL MOTORS FRANCE*, *Cont. conc. consom.* févr. 2008, chr. p. 13, obs. Ch. CLAUDE.

[190] Brochure explicative du règlement 1400/2002, pt. n°26.

[191] Cass. Com., 14 mars 2006, *JCP éd. G* 2006, II, 1832.

par la Cour de cassation[192] ou par la Commission européenne[193] comme un point de vente. Il n'est qu'une modalité de la distribution traditionnelle[194].

Toutefois, bien que n'étant pas un point de vente traditionnel portant atteinte à l'ensemble des zones d'exclusivité des concessionnaires, la commercialisation par ce site doit être respectueuse de l'exclusivité conférée aux concessionnaires de la marque. La Commission européenne admet que l'utilisation du site ne soit pas une forme de vente active[195] et que chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits[196]. La commercialisation par internet n'est alors limitée que par le caractère actif des ventes[197]. Ainsi, le concédant ou le concessionnaire qui utilise un site internet pour commercialiser ses produits ne doit pas démarcher des clients relevant de la zone d'exclusivité d'un autre concessionnaire[198]. De même, il ne doit pas s'approprier le nom de domaine reprenant la marque dont le fournisseur est titulaire (de type www.sony.fr), ce qui empêcherait ce dernier de créer un site utile à l'ensemble de ses revendeurs, le droit d'usage d'une marque n'étant pas une licence d'exploitation[199].

Aux fins de l'exemption, les accords verticaux de distribution exclusive passés entre un constructeur et ses concessionnaires ne doivent donc restreindre que les ventes électroniques qui sont des ventes actives. On entend par vente active « *le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire. La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur*

[192] Cass. civ. 1er, 14 mars 2006, *Sté FLORA PARTNER c/ SARL LAURENT PORTAL ROUVELET*, *D.* 2006, p.931: « que la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé » ; *JCP éd. E*, n°23, 8 juin 2000, p.1015, note P.-M. REVERDY.

[193] Pt. n°57 des lignes directrices pour le règlement 330/2010.

[194] T. Com Nanterre, 4 oct. 2000, *D.*2001, p.1317.

[195] Considérant n°(15) du règlement 1400/2002 et pt. n°52 des lignes directrices du règlement 330/2010.

[196] Pt. n°52 des lignes directrices du règlement 330/2010.

[197] *Ibid.,* Pt. n°53.

[198] D. FERRIER, « La distribution sur internet », *JCP éd. E* 2000, *Cah. dr. ent. n*°2, p. 16.

[199] TGI Nanterre, 20 mars 2000, *SONY CORPORATION*, *D. aff.* 2000, n°23, p. 287, obs. C. MANARA.

d'un territoire donné sont considérées comme une vente active à cette clientèle ou aux clients à l'intérieur de ce territoire »[200].

Une restriction aux ventes passives est lourde de conséquences pour l'accord. « *Par ventes passives, on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs...* »[201]. « *Si un client visite sur Internet le site d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, et aussi une livraison, il s'agit là d'une vente passive* »[202]. Les constructeurs automobiles n'ont donc aucun fondement pour interdire à leurs concessionnaires l'utilisation de sites internet marchands. Seul le non-respect de l'exclusivité étant sanctionnable.

Les règlements d'exemption applicables au secteur automobile (et leurs lignes directrices) appréhendent les nouveaux modes de distribution électronique et notamment les pratiques publicitaires sur internet. La définition donnée des ventes actives démontre cet effort. Sans faire une liste de toutes les pratiques publicitaires, la commission en cite quelques-unes qui constituent des éléments de base pour l'appréciation du caractère actif ou non d'une démarche (sont admises les restrictions portant sur la publicité en ligne spécifique ou le recours à des bandeaux particuliers)[203].

De toute manière, l'étude de la pratique des réseaux de distribution automobile démontre que la distribution exclusive n'a pratiquement pas été retenue par les constructeurs malgré les atouts de la réservation territoriale. Le souhait de la Commission de favoriser le recours à la distribution sélective en posant des conditions d'exemption plus favorables a été exaucé.

[200] Pt. n°51 des lignes directrices du règlement 330/2010.

[201] *Ibid.*

[202] *Ibid*., Pt. n°52.

[203] *Ibid.*, Pt. n°53.

B. L'admissibilité des réseaux de distribution sélective

54.- La distribution sélective[204] est le mode de distribution encouragé par la Commission européenne dans les règlements automobiles. C'est « *un mode d'organisation des ventes selon lequel un producteur choisit de ne confier la distribution de ses produits qu'à certains revendeurs, qu'il agrée en fonction de critères dérivés de sa politique commerciale* »[205].

Elle est définie par le règlement n°1400/2002 et par le règlement n°330/2010 comme un système de distribution « *dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs ou des réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés…* »[206].

Au demeurant, le distributeur hors réseau qui a acquis régulièrement des biens contractuels a le droit de les revendre. En effet, le fait « *d'acquérir les produits et de les commercialiser en dehors du réseau ne constitue en lui-même aucune faute* »[207]. Il devra prouver la régularité de son approvisionnement[208], sans aller toutefois jusqu'à prouver la régularité des approvisionnements antérieurs au sien[209].

Aussi la distribution sélective est le système le plus repris par les constructeurs après pour la distribution de leurs véhicules et pièces. Ce mode de distribution, s'il ne permet pas de conserver l'exclusivité des territoires concédés procure l'étanchéité du réseau. Cette stipulation caractéristique de la distribution sélective[210] permet d'interdire la revente hors réseau aux distributeurs sélectionnés, faute de constituer un acte de concurrence déloyale, de

---

[204] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°180), n°115 et *op. cit.* (v. note n°83) ; B. SCHAMING, « La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite », *D. aff.* 2000, n°11, p. 173.

[205] J.-P. VIENNOIS, *La distribution sélective*, Litec, 1999.

[206] CJCE, 25 oct. 1977, *MÉTRO* c/ Commission (dit « Métro I »), *Rec.* 1977, I, p. 1875, pt. n°20.

[207] Cass. Com. 27 oct. 1992 et CA Paris 17 févr. 1993, *D.* 1995, somm. p. 83, obs. D. FERRIER.

[208] Cass. Com. 26 janv. 1999, *Sté AUTOMOBILES J.-Y. BERTHIER c/ Sté ARMORIQUE AUTOS ET AUTRES*, *D. aff.* 1999, n°155, p. 557, E. CHEVRIER, « Mention de la qualité de l'opérateur intervenant sur le marché parallèle et preuve de la licéité de l'approvisionnement ».

[209] Cass. Com, 19 oct. 1999, *LE BRASSEUR c/ GARAGES SORIN*, *D. aff.* 2000, n°15, p. 341, L. MAUGER-VIELPEAU, « Le revendeur non agréé : un concurrent qui profite des avantages du réseau sans en supporter les contraintes » ; *D. aff.* 2000, n°3, p. 43, obs. J. FADDOUL, « Etendue de la charge de la preuve incombant à un revendeur non agréé de l'approvisionnement régulier et licéité de la garantie constructeur dans sa publicité » ; *D.* 2001, somm. p. 298, obs. D. FERRIER ; *Juris. auto.* 2000, p. 32.

[210] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, op.cit. (v. note n°42), pt. n°63.

contrefaçon ou de parasitisme[211]. Cela s'explique par la nécessité de conserver sa cohérence. Permettre la vente à des distributeurs hors réseau serait alors la reconnaissance implicite de l'inutilité des critères qualitatifs. La distribution sélective implique que la distribution sélective se fasse à l'intérieur d'un réseau fermé. Il en a découlé dans les affaires Yves Saint-Laurent et Givenchy l'acceptation par la Commission de l'interdiction de vendre à des distributeurs non agréés[212]. La distribution sélective permet de limiter les ventes hors réseau alors que la distribution exclusive limite les ventes actives.

Toutefois, constitue une restriction caractérisée la limitation des ventes par un distributeur sélectionné à un utilisateur final[213]. Or la commission fait des intermédiaires mandatés et des sociétés de crédit bail des utilisateurs finals. Ils peuvent en conséquence pratiquer une activité de vente de véhicules.

La question suppose alors d'étudier dans un premier temps en quoi consiste la distribution sélective (1) avant d'étudier dans un second temps quels sont les opérateurs qualifiables d'utilisateurs finals (2).

1. L'exemption des accords de distribution sélective

55.- La distribution sélective, qualitative ou quantitative, bien que très appréciée par la Commission, pose des difficultés de conciliation avec les modes modernes de distribution tels que la distribution électronique. Il n'est en effet pas concevable que la distribution automobile échappe indéfiniment à ce mode moderne de distribution[214].

Il est donc judicieux d'étudier dans un premier temps en quoi consiste la distribution sélective et comment les constructeurs automobiles peuvent la mettre en place dans leur

---

[211] CA Paris, 5e ch. A, 8 juin 2005, *SA LCJ DIFFUSION c/ SA LA ROCHE POSAY*, *Prop. Ind.*, Sept. 2005, n°9, J.-P. VIENNOIS, « Revente hors d'un réseau de distribution sélective » ; CJCE, 23 avr. 2009, STÉ *COPAD c/ STÉ CHRISTIAN DIOR COUTURE*, *concurrences*, 2009, n° 3, D. FERRÉ, « Distribution sélective : La CJCE considère que le licencié d'un droit de marque qui vend les produits marqués hors du réseau de distribution sélective du titulaire de la marque peut être condamné sur le fondement de l'action en contrefaçon (Copad) » ; J.-P. VIENNOIS, « Critères de sélection et licéité d'un réseau de distribution sélective », *lamy dr. conc.*, nov. -déc. 2005, n°5, p. 24.

[212] T. com. Nanterre, 4 oct. 2000, *YVES ST LAURENT c/ PARFUMSNET*, *D.* 2001, p.1317 ; Comm. CE, 16 déc. 1991, *YVES ST LAURENT*, confirmée par TPICE, 12 déc. 1996, *LECLERC* ; Comm. CE, 24 juill. 1992, *GIVENCHY*.

[213] Article 4. c) du règlement 330/2010 et article 4. 1. d) du règlement 1400/2002.

[214] Bien que certains auteurs considèrent la distribution électronique comme possible en matière automobile : M. RABILLER « L'e-commerce automobile peut enfin démarrer », *01net.com*, 27 déc. 2001.

réseau (a). Puis dans un second temps il faut préciser comment elle se concilie avec la distribution électronique ou e-distribution (b).

a) Distribution sélective qualitative et distribution sélective quantitative

56.- L'étude nécessite d'étudier successivement les caractéristiques de la distribution sélective qualitative avant d'examiner les particularités de la distribution sélective quantitative.

57.- La distribution sélective purement qualitative : Le système de la distribution sélective purement qualitative est un système par lequel « *le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs* »[215]. La Commission suppose qu'un tel mode de distribution a des avantages contrebalançant les restrictions de concurrence, et ce, quelle que soit la part de marché. Ainsi, les règlements automobiles stipulent que ces seuils ne s'appliquent pas aux accords instituant des systèmes de distribution sélective qualitative[216]. Il n'y a donc pas de limite dans l'application de ce type de distribution considéré comme très sain. « *La distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 81 §3, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence* »[217].

Cette distribution consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs requis par la nature du produit[218] tels que la formation du personnel de vente, le service fourni

---

[215] Article 1. 1, h) du règlement 1400/2002. Le règlement 330/2010 ne définit plus ces systèmes de distribution.

[216] *Ibid.,* Article 3.1 ; Pt. n°175 des lignes directrices du règlement 330/2010.

[217] Lignes directrices relatives au règlement 330/2010, pt. n°175. : « *On considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois conditions soient remplies. Premièrement, la nature du produit en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire*».

[218] Admis par la Commission (Comm. CE, 13 déc. 1974, *BMW*, *RTD eur.* 1976, p. 148.) puis par la CJCE (CJCE, 17 sept. 1985, *FORD* c/Commission, *Rec.* 1985), évoquant incidemment « *les accords qui constituent un*

dans le point de vente, l'assortiment des produits vendus, etc[219]. L'application de ces critères n'impose pas une limitation directe du nombre des revendeurs agréés[220]. Or ces critères objectifs ne sont pas mentionnés dans le règlement[221]. Aussi la brochure additionnelle du règlement n°1400/2002 pallie ce manque en listant une série de critères défavorablement considérés. Ainsi, un fournisseur ne saurait exiger d'un distributeur agréé qu'il ne soit pas réparateur indépendant[222]. Le fournisseur peut toutefois refuser un distributeur en raison d'une faute commise dans le passé[223].

Pour autant, la Cour de cassation a relevé « *que le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé* »[224]. Malgré cela, la distribution sélective qualitative est crainte des constructeurs qui ne souhaitent pas agréer tous les distributeurs qui se présenteraient avec les qualités nécessaires à leur agrément[225]. Or cela est susceptible d'engager leur responsabilité[226].

La conclusion forcée du contrat peut alors être demandée, le droit national[227] constituant un fondement plus adéquat que le droit communautaire[228]. Certains auteurs

---

système de distribution sélective et qui visent, comme en l'espèce, au maintien d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute technicité » et par le règlement CE n°123/1985 (Article 3 et 4).

[219] CJCE, 25 oct. 1977, *MÉTRO* c/ Commission (dit « MÉTRO I »), *Rec.* 1977, I, p. 1875: La CJCE a en effet défini la distribution sélective comme un système dans lequel « *le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations « pourvu » que ces conditions soient fixées de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire* ».

[220] *Ibid.*

[221] Toutefois le règlement CE n°123/1985 mentionnait une liste des critères de sélection qui pouvait figurer dans les contrats (Article 3 et 4).

[222] Brochure explicative du règlement 1400/2002, question n°62, p. 62.

[223] Cette justification, admise sur le terrain du droit commun (Cass. Com., 19 sept. 2006, ORPHEE c/ DIOR), est également reçue dans le domaine automobile, pourvu que la réalité de la faute soit établie *(CA Dijon, 1er avr. 2004, GARAGE GREMEAU c/ DAIMLER-CHRYSLER ; CA Versailles, 24 févr. 2005, NISSAN FRANCE c/ POLICAR AUTOMOBILES ; T. com. Romans sur Isère, 24 mai 2006, AUTOSTYL c/ NISSAN FRANCE)*, exigence qui peut justifier un sursis à statuer dans l'attente d'une décision définitive sur le contentieux de la résiliation *(CA Grenoble, 31 mars 2004, AUTOSTYL c/ NISSAN FRANCE).*

[224] Cass. Com. 7 avril. 1998, *CITROEN c/ SOCIÉTÉ ALES*, *D.* 1998, Somm. p. 332 ; *RTD com.* 1998, p. 992, obs. S. POILLOT-PERUZZETO ; *RTD com.* 1999, p. 180, obs. B. BOULOC ; *RTD Civ.* 1999, p. 79, obs J. MESTRE.

[225] Article 1. 1, h) du règlement 1400/2002.

[226] CA Douai, 15 avr. 2004, *CENTRE AUTOMOBILE ARTESIEN c/ BMW*.

[227] *CA Dijon, 1er avr. 2004, GARAGE GREMEAU c/ DAIMLER-CHRYSLER, concurrences*, 2005, n° 1 ? D. FERRÉ, « Distribution automobile - Critères de sélection : La Cour d'appel de Dijon considère que le constructeur automobile est libre dans le choix de ses distributeurs sous réserve de faire une stricte application des critères de sélection (Garage Gremeau/Daimler Chrysler) ».

pensent, en ce sens, qu'un règlement d'exemption n'est pas apte à fonder un droit à l'agrément[229]. Le référé a, à l'occasion de la résiliation d'un CDI ou du non-renouvellement d'un CDD, permis de forcer la poursuite d'une relation contractuelle[230].

Une problématique se pose par conséquent en matière de distribution sélective purement qualitative. Les fournisseurs sont obligés de sélectionner tous les candidats satisfaisant les critères qualitatifs. Cela a pour conséquence de surpeupler les distributeurs qui ne peuvent alors plus amortir les lourds investissements commerciaux que les standards de distribution nécessitent. Certains critères permettant de limiter leur nombre ont alors été admis, donnant naissance à la distribution sélective quantitative.

58.- La distribution sélective quantitative : La distribution sélective quantitative est une distribution sélective qualitative qui ajoute d'autres critères de sélection qui limitent plus directement le nombre potentiel de revendeurs agréés. C'est un système dans lequel « *La sélection peut être subordonnée à un potentiel de chalandise* »[231]. Aux critères qualitatifs s'ajoutent donc des critères quantitatifs[232].

59.- En pratique, la distribution automobile n'a pas connu de bouleversement profond avec l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002. La seule nouveauté du règlement n°1400/2002 quant à la concurrence intramarques reposant finalement sur la possibilité d'un distributeur d'exercer une concurrence active sur l'ensemble du territoire communautaire, différence insuffisante pour véritablement augmenter le niveau de concurrence quand on

---

[228] TPICE, 18 sept. 1992, *AUTOMEC* c/ Commission, relevant au sujet de la Commission qu'« *on ne saurait, la liberté contractuelle devant demeurer la règle, lui reconnaître, en principe, dans le cadre des pouvoirs d'injonction dont elle dispose en vue de faire cesser les infractions à l'article 85, paragraphe 1, du traité (devenu 101§1 TFUE), le pouvoir d'enjoindre à une entreprise de nouer des relations contractuelles, dès lors qu'en règle générale elle dispose de voies appropriées pour imposer à une entreprise la cessation d' une infraction* ».

[229] L. VOGEL et J. VOGEL, *Droit de la distribution automobile II*, Lawlex, 2006, p. 39.

[230] À l'occasion de la résiliation d'un CDI ou du non-renouvellement d'un CDD : CA Orléans, 15 juill. 2004, *TOYOTA FRANCE c/ AUTODIFFUSION*, *RDC* 2005, n°1, p. 385, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; CA Versailles, 15 déc. 2004, *GIRODO LE CLEZIO c/ NISSAN FRANCE*. Contra, CA Rennes, 28 juin 2005, *HUYNDAI FRANCE c/ CAP MOTORS*.

[231] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°83), pt. n°597.

[232] Les lignes directrices du règlement 330/2010, pt. n°175, évoquant le fait que la distribution sélective quantitative « ajoute » d'autres critères par rapport à la distribution sélective qualitative ; La Cour d'appel de Paris a accepté tacitement ces critères quantitatifs dans l'arrêt du 9 nov. 2000, 5e chambre *S.A MARLEY c/ S.A ROLEX* . Cet arrêt rejette le critère « *en fonction des possibilités locales de ventes de produits contractuels* » par une application du règlement 2790/1999 (article 1-d) disposant que « *les fournisseurs sélectionnent leurs distributeurs sur la base de critères définis* ». Elle accepte donc tacitement ce type de critère quantitatif même si elle rejette celui-ci en particulier. Il faut cependant noter que cet arrêt a été rendu au visa des lignes directrices qui ont la force contraignante que l'on veut bien leur accorder.

considère que l'acheteur d'un véhicule prend l'initiative de faire jouer la concurrence entre les distributeurs entourant son lieu de vie. La concurrence intramarques est définie comme la concurrence que les différents distributeurs d'une même marque sont susceptibles de se faire sur un marché. Peu importe alors que ces distributeurs soient dans des situations différentes (franchisé, distributeur exclusif, succursaliste ou distributeur sélectionné), dès lors qu'ils distribuent des produits identiques ou substituables.

60.- Levant le doute engendré par le silence de l'article 1. 1, h) quant à l'exigence d'une application non discriminatoire des critères quantitatifs, la Cour de cassation a posé comme principe que le critère quantitatif devait être « *objectif* » et « *précis* » et qu'ils devaient être « *mis en œuvre de façon uniforme* »[233]. Les constructeurs ne sont cependant pas obligés « *de procéder à un appel officiel pour susciter des candidatures* »[234]. Il y a donc une contradiction entre le désir de fonder la sélection sur des critères objectifs et la possibilité pour le constructeur de ne candidater que les distributeurs qu'il souhaite. Il y a là une contradiction avec l'exigence de non-discrimination.

Dès lors, cette décision de 2005 étant antérieure à celle posant l'exigence d'une « *mise en œuvre de façon uniforme* » (de 2007), les constructeurs peuvent-ils toujours se passer d'un appel officiel à candidature ? Ce n'est pas certain. D'ailleurs, plusieurs auteurs relèvent que cela constitue une barrière à l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents[235].

Par ailleurs, cette exigence de critères « *objectifs* » et « *précis* » sous-entend que doivent d'abord être vérifiés les critères de sélection qualitatifs avant de pouvoir opposer à un candidat un refus pour cause de numerus clausus atteint[236]. Dès lors, on ne peut refuser un candidat pour cause de numerus clausus atteint s'il reste des places à pourvoir et que plusieurs concessionnaires sont en concurrence. Un candidat ne peut être refusé d'office, toutes les

---

[233] Cass. Com., 6 mars 2007 (2 espèces) ; *JCP éd. G* 2007, I, 195, p. 19, obs. M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom.* 2007, comm. n°148 et 149, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Juris. auto.* 2007, p. 380 ; *Cont. conc. consom.* févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE.

[234] Cass. Com., 28 juin 2005, *Juris. auto.* 2005, p. 476 ; rectifié par Cass. Com., 12 juill. 2005, *D.* 2006, pan. p. 512, obs. D. FERRIER ; *JCP éd. E* n°47, 24 nov. 2005, 1701, note M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom.* nov. 2005, comm. n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2006, p. 2226, note R. BERTIN.

[235] R. BERTIN, « Analyse des conditions de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement CE 1400/2002 du 31 juill. 2002 », *D.* 2003, chr. p. 1150 ;

J.-L. FOURGOUX, « Rapports constructeurs-distributeurs automobiles ; du monologue au dialogue », *Dr. et pat.,* juin 2003, n°116, p. 75.

[236] Cass. Com., 28 juin 2005, *Juris. auto.* 2005, p. 476 ; rectifié par Cass. Com., 12 juill. 2005, *D.* 2006, pan. p. 512, obs. D. FERRIER ; *JCP éd. E* n°47, 24 nov. 2005, 1701, note M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom.* nov. 2005, comm. n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2006, p. 2226, note R. BERTIN.

candidatures doivent être mises en concurrence même si le constructeur pense avoir retenu un nombre suffisant de distributeurs. C'est ce qui fait de la sélection un examen et non un concours[237].

L'arbitraire du fournisseur est également limité par la Cour de cassation qui dans l'arrêt *SA DAIMLER CHRYSLER France c/ SA GARAGE GREMEAU* ne reconnaît pas le numerus clausus comme critère de rejet d'un candidat satisfaisant les critères qualitatifs lorsque d'autres revendeurs en place ne satisfont pas ces critères. La Cour de cassation encadre par cet arrêt[238] la sélection quantitative et permet le contrôle de la bonne foi du sélectionneur dans l'application du règlement. Ce critère a d'ailleurs été refusé par la Commission dans le secteur de l'industrie cosmétique[239].

Quels types de critères sont alors admis ? Dans le silence de l'article 1, 1, g) du règlement 1400/2002, il apparaît une grande liberté de choix des critères quantitatifs qui relèvent de la stratégie de distribution de la tête du réseau[240]. L'exigence de critères objectifs et précis rejette cependant toute sélection discrétionnaire[241].

A par exemple été admis le critère retenant un seul distributeur pour une zone géographique de 500 000 habitants[242]. Sont par ailleurs admis les critères quantitatifs fixant « *un nombre de points de vente limité sur le territoire national à 154, chacun des points étant focalisé par aire urbaine dont (le constructeur) a établi la liste sans considération du nombre*

---

[237] L. VOGEL, « La distribution sélective n'est pas un concours, mais un examen », *LJA*, juill. 2003.

[238] Cass. Com. 28 juin 2005, *SA DAIMER-CHRYSLER C/ GARAGE GREMEAU* ; rectifié par Cass. Com., 12 juill. 2005, *D.* 2006, pan. p. 512, obs. D. FERRIER ; *JCP éd. E* n°47, 24 nov. 2005, 1701, note M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom.* nov. 2005, comm. n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2006, p. 2226, note R. BERTIN ; *Juris. auto.* 2005, p. 476, *Lamy dr. conc.* nov.-déc. 2005, n°5, p. 25, J. PEYRE, « Refus d'agrément dans un réseau de distribution automobile »

[239] T. com. Nanterre, 4 oct. 2000, *YVES ST-LAURENT c/ PARFUMSNET*, *D.* 2001, p.1317 ; Comm. CE, 16 déc. 1991, *YVES ST-LAURENT*, confirmé par TPICE, 12 déc. 1996, *LECLERC*. Comm. CE, 24 juill. 1992, *GIVENCHY*.

[240] *En ce sens,* étude de la CEPC le 3 oct. 2007 relative à la conformité au règlement n°1400/2002 et à l'article 442-6-I du Code de commerce de certaines stipulations des contrats de distribution sélective, quantitative et qualitative, mis en œuvre en France dans le secteur automobile : *www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr.*

[241] *Op. cit.* (v. note 228), faisant usage d'une possibilité offerte par l'article 15 al. 3 du règlement n°1/2003, la Commission européenne s'est portée amicus curiae auprès de la Cour de renvoi et y a déposé des conclusions écrites (CA Paris, 5e Ch. B, 7 juin 2007) qui ne vont pas dans le même sens que la Cour de cassation.

[242] « *Un seul point de vente par aire urbaine de 500 000 habitants […], les aires urbaines étant constituées d'un pôle urbain et d'une couronne périphérique, chacun des concepts de la définition correspondant à une réalité géographique et économique* » : Cass. Com., 28 juin 2005, *Juris. auto.* 2005, p. 476 ; rectifié par Cass. Com., 12 juill. 2005, *D.* 2006, pan. p. 512, obs. D. FERRIER ; *JCP éd. E* n°47, 24 nov. 2005, 1701, note M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom.* nov. 2005, comm. n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2006, p. 2226, note R. BERTIN.

d'habitants »[243] ; ceux fondés « *à titre principal sur un maillage territorial avec une définition de pôles d'attraction et à titre subsidiaire, sur l'utilisation des précédents objectifs contractuels de vente supérieurs à 300 véhicules* »[244].

La distribution sélective quantitative repose par conséquent sur la répartition des concessionnaires en fonction de la répartition des populations. Dès lors, cela suscite des interrogations quant à la mise en oeuvre de la distribution électronique dans un tel système.

b) La distribution sélective au regard de la distribution électronique

61.- La conciliation de la distribution sélective et du commerce électronique n'est pas aisée[245]. À moins que le concédant fasse de l'utilisation d'internet un élément de la sélection des distributeurs, le recours au commerce en ligne est souvent limité par le fournisseur[246]. Pourtant, la Cour d'appel de Paris concluait le 15 septembre 1993 que « *le contrat de distribution sélective ne peut avoir pour objet ou pour effet d'exclure a priori une forme quelconque de distribution* »[247]. Le TPICE le 12 décembre 1996 décidait également « *qu'un système qui exclurait a priori certaines formes de distribution capables de vendre des produits dans les conditions satisfaisantes pour le fabricant ne serait pas conforme à l'article 81, paragraphe 3 du traité* ». L'e-distribution est donc a priori licite et ne peut être

[243] Cass. Com., 6 mars 2007 (2 espèces) , *SA GARAGE DE BRETAGNE*, *JCP éd. G* 2007, I, 195, p. 19, obs. M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom.* 2007, comm. n°148 et 149, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Juris. auto.* 2007, p. 380 ; *Cont. conc. consom.* févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE.

[244] *Ibid.*

[245] B. HONORAT, « Comment concilier distribution sélective et internet : le conseil de la concurrence définit les limites », *Cont. conc. consom.* mai 2007 ; E. CLAUDEL « Distribution sélective et internet sont-ils compatibles ? », *D.* 2006 p. 575 ;

[246] N. CASTAGNON, « Internet et réseaux de distribution, lequel des deux contractants doit-il solliciter l'autorisation de l'autre pour créer un site internet ? », *Cont. conc. consom.* oct. 2003, p. 12 ; P. THIEFFRY, *op. cit.* (v. note 179) ; G. DECOCQ, « Commerce électronique, concurrence et distribution », *Cont. conc. consom.*, n°12, déc. 2003, p. 7.

[247] CA Paris, 15 sept. 1993, *Cont. conc. consom*. mai 1994, n°100, obs. L. VOGEL.

interdite par principe[248]. Elle ne peut être restreinte que par une impossibilité d'application des règles des contrats de distribution ou si cela est nécessaire pour assurer le respect d'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour ds raisons de sécurité ou de santé[249]. Cela signifie donc que l'e-distribution qui respecterait les critères qualitatifs d'un réseau[250] de distribution sélective serait admise. Le refus doit alors être fondé sur le non-respect des critères de sélection par le site internet.

En effet, « *internet étant, en fait, un simple moyen de communication, il ne saurait constituer en soi un marché pertinent… il doit donc obéir aux règles de ce marché* »[251]. Les règles de ce marché étant depuis 2002 dans le secteur automobile la sélection qualitative ou quantitative, les sites internet doivent respecter les critères imposés par le constructeur. Outre le caractère esthétique, d'autres critères plus complexes à satisfaire sont imposés. Il s'agit des obligations relatives au conseil à la clientèle en temps réel ou au chiffre d'affaires minimum réalisé à partir d'internet.

62.- À cet égard, deux cas existent. Soit le concessionnaire satisfait les critères de sélection soit il ne les satisfait pas.

Le concessionnaire ne satisfait pas les critères de sélection. Les critères de sélection qualitatifs ne sont pas remplis ou ne peuvent pas être remplis lors de leur application à la distribution électronique. Ces conditions doivent poursuivre les mêmes objectifs mais peuvent être adaptées, elles doivent être « *globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique* » et doivent « *poursuivre les mêmes objectifs et aboutir*

---

[248] V. notamment CA Paris, 29 oct. 2009, *LABORATOIRES PIERRE FABRE DERMO-COSMÉTIQUES ; Comm. comerc. élect. déc. 2009,* M. CHAGNY, « L'interdiction de la vente en ligne aux revendeurs agréés devant la Cour d'appel de Paris : la position de la … Commission en attendant celle de la... Cour de justice ; *JCP éd. E* 2009, actua. 571, C. VILMART, « Restrictions de concurrence par objet : la Cour de Paris invite la Cour de justice à la règle de raison » ; *concurrences*, 2010, n° 1, D. FERRÉ, « Ventes sur internet : La Cour d'appel de Paris saisit la CJUE d'une question préjudicielle sur la possibilité pour un opérateur d'interdire la commercialisation de ses produits sur internet ("Pierre Fabre Dermo-Cosmétique") » ; *concurrences*, 2010, n°1, p. 161, C. MOMEGE, « Ventes par internet : La Commission européenne intervient devant la Cour d'appel de Paris sur la question des ventes par internet (Pierre Fabre Dermo-cosmétiques) » ; *concurrences*, 2010, n° 1, p. 91, M. DEBROUX, « Distribution par Internet - Question préjudicielle : La Cour d'appel de Paris demande à la Cour de justice de déterminer si l'interdiction générale et absolue faite aux distributeurs agrées de vendre sur internet les produits contractuels aux utilisateurs finals constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 101 TFUE(Pierre Fabre Dermo-cosmétiques) ».

[249] Pt. n°60 des lignes directrices du règlement 330/2010.

[250] Lignes directrices du règlement 330/2010, pt. n°54 : « *le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général* ».

[251] T. com. Nanterre, 4 oct. 2000, *YVES ST LAURENT c/ PARFUMSNET. D.*2001, p.1317.

à des résultats comparables »[252]. Mais cette application des critères ne doit pas être discriminatoire[253]. Ainsi, le produit vendu étant le même, le producteur ne peut être plus exigeant pour la distribution électronique que pour la distribution traditionnelle. La distribution d'un produit nécessite un standard de qualité qui ne peut différer selon le canal utilisé alors même qu'un seul territoire ou une seule population est visé. Ceci à condition que la finalité du site Internet soit la même que la finalité du point de vente, c'est-à-dire la vente. Si le site Internet n'existe qu'à titre d'information, de présentation, la finalité n'est pas la même, le site et le point de vente sont dans des situations différentes. La discrimination serait alors de leur attribuer les mêmes conditions de sélectivité.

C'est sur cette incapacité à satisfaire aux critères qualitatifs que Pierre Fabre[254] a justifié son interdiction de vendre ses produits sur Internet à un de ses détaillants agréés. La Cour d'appel de Versailles a décidé « *que la commercialisation sur Internet ne permet pas d'obtenir les mêmes résultats, que les conseils ne peuvent être donnés immédiatement, mais nécessitent un délai de réponse…que le contact avec le vendeur n'est pas personnel, mais passe par le truchement des images fixes d'un écran d'ordinateur ; qu'en l'espèce, le site présente les produits par leurs marques et leurs descriptions, sans qu'apparaisse la moindre recherche esthétique ; qu'aucune vitrine « virtuelle » n'est mise en place ; que l'aspect visuel du produit et de son emballage n'apparaît pas* ».

De tels critères tenant à la satisfaction des clients et à la haute technicité des produits ont également été avancés dans l'affaire Lab Focal JM[255] afin de restreindre l'utilisation d'internet pour la distribution de biens électroniques. « *Leur technicité et leur besoin d'adaptation spécifique aux locaux du consommateur nécessitaient la rencontre physique avec les vendeurs spécialisés* ». Ces matériels intègrent « *des technologies électro-acoustiques de haut niveau et rares sur le marché* ». Cet argument allant pourtant dans le sens

[252] Pt. n°56 lignes directrices du règlement 330/2010.

[253] *Ibid*., Pt. n°52 c). V. sur ce point T. com. de Bobigny, 29 janv. 2008, *ASSOCIATION DES AGENTS ET MANDATAIRES EXCLUSIFS NOUVELLES FRONTIÈRES c/ NOUVELLES FRONTIÈRES DISTRIBUTION*, *concurrences*, janv. 2008, n° 2, M. KOEHLER de MONTBLANC, « Bonne foi - Distribution Internet : Le Tribunal de commerce de Bobigny juge que la bonne foi contractuelle justifie l'adaptation des contrats de distribution à la création d'un site Internet par le fournisseur (Nouvelles Frontières Distribution) ».

[254] CA Versailles, 13e ch., 2 déc. 1999, *SA PIERRE FABRE DERMO-COSMÉTIQUES c/ BRECKLER*, *JCP.* éd. *E* 2000, n°30, p. 123 : a considéré que la revente des produits sur le site web d'un distributeur agréé porte atteinte à l'image de marque de ces produits. Fait suite à T. Com. Paris, ord., 4 nov. 1987.

T. Com. Pontoise, 15 avr. 1999, *PIERRE FABRE DERMO-COSMÉTIQUE*, *D. aff.* 1999, n°44, p. 725, note C. MANARA, «Web et distribution sélective ; *D. aff.* 1999, n°166, p. 992, obs. E. CHEVRIER, « la vente, par un distributeur agréé, des produits contractuels sur un site internet est-elle licite ? ».

[255] Cons. conc. 5 oct. 2006, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home ciném, Lab Focal JM.

d'une plus grande satisfaction du consommateur n'a pas séduit le conseil. La restriction ne peut être valable en tant que telle, elle doit découler de l'impossibilité de satisfaire les critères qualitatifs.

Ainsi si la distribution par Internet est éliminée du fait de l'application des critères le contrat reste conforme aux règles de concurrence. Il suffit alors pour les autorités de la concurrence de vérifier la mise en œuvre de ces critères. Celle-ci ne doit pas être discriminatoire et doit laisser la possibilité pour les distributeurs de les satisfaire. La distribution électronique peut alors être écartée par leur application, mais pas par une clause contractuelle qui la rejetterait sans justification.

Il faut examiner ensuite la situation dans laquelle le site internet du distributeur satisfait les critères de sélection qualitatifs.

Le concessionnaire satisfait les critères de sélection. Nombre de critères de sélection sont adaptables à la distribution électronique. Ainsi, lorsqu'un concessionnaire doit investir dans des locaux types, le site doit respecter un esthétisme conforme à l'image de la marque. De même qu'une enseigne doit être conforme, l'adresse URL et le nom de domaine du site doivent l'être également. Le constructeur organise le multimarquisme dans les locaux du concessionnaire, il peut également l'organiser sur le site en imposant des espaces spécifiques réservés aux produits de sa marque. Le conseil à la clientèle doit être adapté et doit respecter certains critères de rapidité dans les réponses. De la même façon qu'un chiffre d'affaires minimum fait partie des modalités d'exécution du contrat dans les concessions, un chiffre d'affaires pourrait être déterminé pour l'e-distribution.

Toutefois, cette satisfaction des critères n'est pas le seul élément indispensable à l'autorisation de commercialiser les produits par la voie électronique. Le conseil de la concurrence a précisé que « *l'interdiction par principe de la vente sur internet ne peut être justifiée sauf circonstances exceptionnelles, et les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif poursuivi et comparables avec celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé* »[256]. Une telle interdiction peut découler du non-respect des critères qualitatifs, mais lorsque ceux-ci sont satisfaits d'autres justifications sont valables. Ainsi, la satisfaction des critères n'est pas suffisante pour

[256] Cons. conc., 5 oct. 2006, distribution sélective de matériels Hi-fi et Home Cinema, *concurrences*, 2007, n° 1, R. PIHÉRY, « Distribution sélective et internet : Le Conseil de la concurrence se prononce sur les pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériel Hi-fi et Home cinéma (Bose-Focal-Triangle)».

autoriser la distribution électronique, encore faut-il que le fournisseur n'avance pas de justification supplémentaire.

Par ailleurs, les lignes directrices du règlement n°2790/1999 disposaient que « *le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur internet* »[257]. Les lignes directrices du règlement n°330/2010 ne précisent plus cela. Cela semble pourtant logique, car s'il n'autorise pas les distributeurs à l'utiliser il ne doit pas pouvoir l'utiliser lui même. Ce serait la reconnaissance par le fournisseur lui-même de l'illicéité du refus d'agréer la distribution électronique par ses distributeurs. Il admettrait par là même le caractère superfétatoire de la sélection qualitative de son réseau. Or la mise en place d'un tel réseau doit être indispensable à la commercialisation du produit. Les autorités de la concurrence ne pourraient plus y voir les conditions nécessaires à une meilleure commercialisation et il perdrait automatiquement le bénéfice de l'exemption. Sauf à considérer que le fait que le constructeur distribue lui-même constitue une justification du refus de la distribution par les distributeurs.

Ainsi, le concédant peut refuser la distribution électronique si elle n'est pas associée à une distribution traditionnelle. L'utilisation d'internet peut n'être que l'accessoire d'une distribution « *physique* »[258]. Le conseil de la concurrence admet le refus d'agréer les *pure players*, c'est-à-dire les entreprises vendant exclusivement sur internet. Le fournisseur peut alors organiser la distribution électronique par les membres de son réseau et rejeter cette distribution par des opérateurs nouveaux, ne possédant pas de point de vente physique[259]. Cette distinction était apparue dans l'approbation par la Commission européenne du système de distribution des parfums Yves Saint-Laurent dès lors que celui-ci satisfaisait aux conditions d'exemption en « *autorisant les détaillants agréés, exploitant préalablement un point de vente physique, à vendre leurs produits également par internet* »[260].

Cette justification de la restriction des ventes par internet est acceptée par les autorités de la concurrence en considérant le risque de parasitisme. En effet, l'entrepreneur sur Internet

[257] Lignes directrices du règlement 2790/1999, JOCE n°C. 291 du 13 oct. 2000, pt. n°51.

[258] Cons. Conc., 24 juill. 2006, déc. n°06-D-24, 24 juill. 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France: *cont. conc. consom*. 2006, comm 187 ; v. J.-P. VIENNOIS, « Internet et distribution sélective », *Prop. Ind.*, sept. 2006, n°9.

[259] Également prévu par le pt. n°54 des lignes directrices du règlement 330/2010.

[260] Comm. CE. Communiqué de presse IP/01/173, 17 mai 2001 ; de même, l'autorisation du système de distribution de B & W Loudspeakers, la Commission autorise ce système à la condition que les revendeurs puissent lui demander d'effectuer des ventes à distance. Le terme revendeur implique la possession préalable d'un point de vente physique : Comm. CE., communiqué de presse, 24 juin 2002.

profiterait des investissements réalisés par l'entrepreneur traditionnel. Il s'agit de la situation où le consommateur découvre les produits en magasin et les achète moins cher sur internet.

63.- En fin de compte, la distribution sélective est le système le plus repris par les constructeurs après pour la distribution de leurs véhicules et pièces. Ce mode de distribution, s'il ne permet pas de conserver l'exclusivité des territoires concédés, procure l'étanchéité du réseau. Cette stipulation caractéristique de la distribution sélective[261] permet d'interdire la revente hors réseau aux distributeurs sélectionnés. En cela, c'est le choix qui a été préféré par les constructeurs, car ils n'imaginaient pas ouvrir leur réseau à la concurrence des vendeurs indépendants.

Toutefois, constitue une restriction caractérisée la limitation des ventes par un distributeur sélectionné à un utilisateur final[262]. Faut-il encore savoir qui bénéficie de cette qualité.

2. La qualification d'utilisateur final

64.- Outre le consommateur qui a naturellement la qualité d'utilisateur final, d'autres opérateurs non membres d'un réseau de constructeurs peuvent bénéficier de cette caractéristique. Le règlement n°1400/2002 en mentionne deux qui concernent spécifiquement la distribution de véhicules, les sociétés de crédit bail (a) et les mandataires automobiles (b).

a) La société de crédit bail utilisateur final

65.- Le crédit-bail mobilier est une « *convention financière complexe à moyen terme en vertu de laquelle le bailleur ou crédit-bailleur (une société spécialisée qui doit être une banque ou un établissement financier) met à disposition d'une entreprise utilisatrice (preneur ou crédit-preneur), moyennant le versement d'un loyer, des biens d'équipement ou du matériel d'outillage dont elle reste propriétaire et que le preneur, en fin de bail, peut soit*

[261] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42), pt. n°63.

[262] Article 4. c) du règlement 330/2010 et article 4. 1, d) du règlement 1400/2002.

restituer, soit racheter pour une valeur résiduelle fixée à l'origine, tenant compte des loyers versés, sous réserve d'un renouvellement du contrat »[263].

66.- Outre le concessionnaire qui a lui-même le droit de réaliser des services de crédit-bail, certaines sociétés sont spécialisées dans ce type de prestations. Elles doivent alors pouvoir s'approvisionner auprès des concessionnaires dans des conditions leur permettant d'exercer leur activité, et donc d'accroître la concurrence.

La brochure explicative sur les règles de concurrence résultant du règlement automobile du 31 juillet 2002 dispose qu'un revendeur peut vendre un véhicule neuf à des sociétés de leasing, les sociétés de leasing étant en principe considérées comme des utilisateurs finals[264]. En effet, elles conservent la propriété du véhicule durant toute la durée du contrat de crédit-bail de telle façon qu'à terme le véhicule est un véhicule d'occasion. Il ne peut alors être reproché à la société une activité de revente de véhicules neufs. « *Les sociétés de leasing qui n'offrent pas d'option d'achat ne peuvent être considérées comme des revendeurs de véhicules neufs, seuls visés par le règlement… tant qu'elles se bornent à acheter des véhicules pour satisfaire les demandes de leurs clients et ne constituent pas des stocks qu'elles offrent à une clientèle attirée à cet effet* »[265]. Elle précise cependant qu'un fournisseur recourant à la distribution sélective peut valablement empêcher un distributeur d'approvisionner en produits contractuels des sociétés de leasing lorsqu'il existe un risque vérifiable que celle-ci revende ces produits à l'état neuf. Elle renvoie sur ce point à l'article 1. 1, w) du règlement n°1400/2002 qui dispose que les contrats de leasing qui impliquent un transfert de propriété ou une option d'achat avant l'expiration du contrat transforment en réalité la société de leasing en distributeur indépendant.

67.- Pour s'assurer que la société de leasing ne revendra pas le véhicule à l'état neuf, le fournisseur recourant à la distribution sélective peut prendre les mesures appropriées, et par exemple exiger que la société de leasing signe un engagement en ce sens. Cette faculté comporte cependant des limites. Ainsi, le fournisseur ne peut exiger du distributeur qu'il lui remette une copie de chacun des contrats avant qu'il ne vende les véhicules à une telle société.

---

[263] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, PUF, 2007.

[264] Également rappelé par les lignes directrices pour le règlement 461/2010, pt. n°51.

[265] CJCE, 24 oct. 1995, *BMW*, *Europe*, déc. 1995, n°441, obs. L. IDOT ; L. VOGEL, « Chronique de droit de la concurrence », *Rev. Marché Commun* 1997, 131 ; CJCE, 2 oct. 1995, VAG, *Rec.* 3439, pts 34 et 35.

Selon la Commission, une telle exigence constituerait une restriction indirecte des ventes[266]. Le vendeur peut exiger de la société qu'elle lui communique lors de leur première transaction les conditions générales de vente de celle-ci afin de s'assurer de la destination des véhicules fournis[267].

Cette pratique des restrictions des livraisons aux sociétés de crédit bail a été condamnée par la Commission dans l'affaire Daimler-Chrysler AG[268]. En Allemagne et en Espagne, Daimler-Chrysler avait tenté de restreindre l'approvisionnement de ces sociétés tant que celles-ci n'avaient pas trouvé de clients pour les véhicules commandés. Il en résultait une atteinte à la concurrence puisque ces entreprises étaient dans l'impossibilité de stocker les véhicules, elles ne pouvaient dans ces conditions fournir rapidement ces véhicules à leurs clients.

Ces sociétés ne pouvaient également pas bénéficier de remises quantitatives puisque c'était le client final qui était considéré comme l'acheteur. En ne considérant pas que ce sont les sociétés de crédit-bail qui achetaient, le constructeur et les concessionnaires ne leur accordaient pas les remises quantitatives. Le nombre de voitures achetées par le consommateur final est bien plus faible que le nombre commandé par l'entreprise.

Ainsi, répondant à la question de savoir si une société de leasing peut acheter des véhicules neufs auprès d'un revendeur, avant même d'avoir trouvé un utilisateur final, la Commission répond par l'affirmative en rappelant que le fournisseur ne peut refuser d'honorer la commande même si la société de leasing utilise les véhicules neufs pour constituer un stock. Elle précise que le fait d'exiger que la société de leasing indique au préalable le nom de l'utilisateur final constituerait une restriction indirecte des ventes[269].

Outre les sociétés vendant des services de crédit-bail et de leasing, la Commission européenne a réaffirmé la possibilité pour les mandataires automobiles d'obtenir auprès des concessionnaires agréés des véhicules neufs.

---

[266] Brochure explicative, question n°49, p. 50 ; TPICE, 15 sept. 2005, *DAIMLER-CHRYSLER* c/ Commission.

[267] *Ibid.*, question n°48, p. 55

[268] Comm. CE, 10 oct. 2001, *DAIMLER-CHRYSLER*.

[269] Par ailleurs, le distributeur ne peut refuser la vente d'un véhicule à une société de crédit-bail au motif que celle-ci n'a pas encore trouvé de locataires (Brochure explicative, question n°49, p. 50 ; TPICE, 15 sept. 2005, *DAIMLER-CHRYSLER* c/ Commission).

b) Le mandataire automobile

68.- Les fournisseurs automobiles profitent des différences de modes de consommation au sein de l'union pour pratiquer des prix variables d'un pays à l'autre (les véhicules ne reçoivent pas les mêmes équipements selon les pays), ce qui peut aboutir à un cloisonnement des marchés nationaux de produits. C'est également en raison des différences de niveau de vie et des différentes taxes nationales[270] que les constructeurs pratiquent des tarifs hors taxes différents selon les pays. Lorsque le taux de TVA est élevé, le constructeur diminue sensiblement le prix hors taxe afin de rééquilibrer les prix TTC. Le consommateur français qui souhaite acheter sa voiture moins cher a alors recours à un mandataire professionnel qui va acheter le modèle choisi à l'étranger. De cette manière, il bénéficie des tarifs hors taxes avantageux de ce pays d'achat. Le consommateur français va donc payer le prix hors taxe à l'étranger et la TVA en France. Au final, le prix est inférieur au prix pratiqué par un concessionnaire français. La TVA est la même, mais s'applique sur un prix HT moindre. Les mandataires sont nés de ces disparités de TVA au sein de l'Union européenne.

Ainsi, les prix hors taxes des voitures neuves dans un pays comme le Danemark, où les taxes écologiques sont lourdes, sont plus faibles afin que les consommateurs ne soient pas pénalisés. Le prix de vente d'un véhicule neuf est de 7 à 8 % plus élevé en Allemagne qu'en France. La conduite à gauche représente également un surcoût en Angleterre, de même que le taux de change euro/livre sterling.

Mais le dernier rapport de la Commission européenne sur les prix des voitures montre que les prix des véhicules neufs convergent dans l'Union[271], notamment dans les nouveaux états membres. Dans les anciens, la convergence a au contraire tendance à se stabiliser. Cette convergence des prix n'est toutefois pas assez importante pour que l'intérêt d'un achat à l'étranger s'estompe[272].

---

[270] Taxes applicables aux véhicules neufs en Europe de l'Ouest: Allemagne 16 %; Grande-Bretagne 17,5 %; France 19,6 %; Italie 20 %; Belgique 21 %; Espagne 24,5 %; Suède 25 %; Autriche 30,8 %; Grèce 33,3 %; Hollande 49,5 %; Portugal 55 %; Norvège 97,8 %; Danemark 178,3 %.

[271] Communication du 1er août 2005, « la convergence des prix des voitures s'améliore au sein de l'UE tout en restant constante dans la zone euro ». Les derniers rapports sont disponibles à l'adresse internet: *www.europa.eu*.

[272] Sur les 1878 prix cités dans le rapport, 579 dépassent de plus de 20 % le marché le moins cher de l'UE. En ce qui concerne les dix voitures les plus vendues en Europe, le plus grand écart de prix dans la zone euro concerne la Fiat Punto qui coûte presque 30 % de plus en Allemagne qu'en Finlande soit une économie potentielle de 2700 euros. L'Allemagne reste d'ailleurs le marché le plus cher de l'UE pour les modèles examinés dans le rapport de la Commission. 34 des 89 modèles examinés dans le rapport sont vendus aux consommateurs au prix le plus élevé de la zone euro et 20 modèles sont 20 % plus chers que sur le marché national le moins cher de la

69.- La Commission européenne utilise différents outils pour favoriser la concurrence. L'un d'eux réside dans la protection qu'elle confère aux mandataires automobiles[273], dont l'activité a été légitimée par la CJCE[274]. La différence qu'il existe entre un distributeur non agréé et un mandataire réside dans la nature du contrat qui lie le à son client destinataire du véhicule. Dans le premier cas, il s'agit d'un simple contrat de vente. Le distributeur non agréé ne peut donc s'approvisionner légalement auprès d'un réseau sélectif, car n'étant pas utilisateur final du bien il porte atteinte à l'étanchéité du réseau[275].

Dans le second cas, il s'agit d'un contrat de mandat. Ce dernier a pour particularité de donner au mandataire l'apparence du mandant ainsi que sa signature. Le contrat de mandat est un contrat « *par lequel celui-ci confère à une personne qui en accepte la charge (le mandataire) le pourvoir et la mission d'accomplir pour elle et en son nom (à titre de représentant) un acte juridique* »[276]. Il lui permet d'agir au nom de son client[277] ce qui a pour conséquence de ne pas permettre la requalification du mandataire en distributeur hors

---

zone euro. Dans la zone euro, la Grèce et la Finlande sont les pays les moins chers. En dehors de la zone euro, l'Estonie est le pays le moins cher, les prix sont inférieurs de 2,5 % à ceux pratiqués en Grèce.

Cela n'empêche cependant pas les prix d'augmenter. Ainsi alors que les prix ont diminué au Royaume-Uni (- 1,2 %), en Pologne (- 7,6 %) et dans la République tchèque (- 6 %), ils ont augmenté en Allemagne (+ 0,3 %), en France (+ 0,9 %) et en Italie (+ 2,6 %).

Enfin, le rapport illustre la situation des pays où les prix sont le plus bas traditionnellement. Ces pays n'ont pas subi de grosse évolution, ils ont augmenté légèrement au Danemark (+ 2,4 %) et en Grèce (+ 1,8 %) tandis qu'ils ont diminué en Finlande (2 %) et en Estonie (- 8,3 %). Il faut rappeler pour bien comprendre ces chiffres que l'inflation au cours de la période d'étude des prix, c'est-à-dire en 2004-2005, était de 1,9 % tant dans l'Europe des 12 que dans l'Europe des 25. le rapport de la Commission étant déjà ancien il n'intègre pas les deux derniers pays à avoir intégré l'union qui sont la Roumanie et la Bulgarie.

Mais d'autres phénomènes s'ajoutent. Le marché britannique est constitué pour moitié par les flottes d'entreprises. Ainsi, les constructeurs ne réalisent pas de gros profit à cause des rabais concédés pour les achats groupés. Ils doivent donc souvent équilibrer leur politique tarifaire avec le circuit de distribution aux particuliers.

[273] Th. LAMBERT, « Le mandataire automobile acheteur-revendeur : autopsie d'une pratique », *D.* 2006, chr. p. 582.

[274] CJCE, 16 juin 1994, *ECOSYSTEM*, *Rec.* I, p. 2742 ; *Europe*, août-sept. 1994, n°333, obs. L. IDOT

[275] Un distributeur étranger au réseau peut également valablement distribuer des véhicules neufs : CJCE, 15 févr. 1996, *GRAND GARAGE ALBIGEOIS*, *Rec.* I, 651 ; *Europe*, avr. 1996, n°156, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 1996, p. 620, obs. J.-B. BLAISE et L. IDOT ; la jurisprudence communautaire a été reprise en droit interne à plusieurs reprises : Cass. Com. 9 juill. 1996, *JCP éd.* E 1996, pan. p. 1105, *Lettre distrib*., sept. 1996 ; Cass. Com. 7 oct. 1997, *Cont. conc., consom.* 1998, comm. 10, obs. L. VOGEL ; 13 juill. 1998, *Cont. conc. consom.* 1998, comm. 61.

[276] G. CORNU, *op. cit.* (v. note n°263).

[277] Sur la protection du consommateur dans ces contrats de mandat automobile, v. Cons. conc. 19 mars 1996, avis relatif à une meilleure protection du consommateur qui recourt aux services d'un mandataire automobile. Et sur les prix pratiqués par les mandataires, v. Arrêté du 28 octobre 1996 relatif à l'information des consommateurs sur les prix et services offerts par les mandataires **automobile**s, JO du 28 nov. 1996 Page : 17291.

réseau[278]. C'est cette distribution que les constructeurs ne peuvent pas contrer légalement. Ce contrat ne porte pas atteinte à l'étanchéité du réseau et donc aucun fondement ne peut la condamner[279]. La part de marché de cette distribution est estimée à 5 % par les constructeurs.

Étant appréhendés par les constructeurs et les concessionnaires comme des distributeurs non agréés, c'est à dire hors réseau, ces mandataires importateurs sont constamment sous pression pour s'approvisionner. Les constructeurs, à travers leurs distributeurs, dressent des barrières à leurs échanges afin qu'ils ne puissent pas trouver de bien contractuel.

70.- Ce qui est intéressant dans l'approche de la distribution automobile par la Commission est le fait qu'elle souhaite que se développent les réseaux parallèles comme un outil de l'harmonisation des prix, ce qui va à terme les condamner. En effet lorsque les prix hors taxes seront harmonisés chez les constructeurs les réseaux parallèles n'auront plus lieu d'être.

« *Le règlement comporte plusieurs mesures qui sont de nature à exercer une pression concurrentielle sur les écarts de prix sur le même modèle de voiture au sein du marché commun* »[280]. Dans ce sens, le règlement n°1400/2002 protège le consommateur européen contre les restrictions aux importations de véhicules par des professionnels non agréés[281]. Ne pouvant tout de même pas reconnaître la licéité d'une distribution hors réseaux par des distributeurs indépendants qui s'approvisionneraient auprès de distributeurs sélectionnés, ce qui serait une aberration qui priverait de tout intérêt un réseau sélectif, la Commission conforte tout de même les mandataires dans leur activité.

Cette protection du mandataire participe donc de la volonté de la Commission de favoriser les ventes transfrontalières de véhicules neufs.

---

[278] C.FOURGOUX, « Conditions d'acquisition et de revente de véhicules neufs par un distributeur hors réseau », *JCP éd. E*, 4 févr. 1999, n°5, p. 224 ; C. FOURGOUX, « Distribution automobile : importations parallèles et approvisionnement », *JCP éd. E* 2001, n°26 p 1099.

[279] Sur la responsabilité des distributeurs hors réseaux : E.CLAUDEL « Responsabilité des distributeurs hors réseaux », *RTD com.* 2001, n°4, p.881.

[280] D'après M. MONTI, réponse donnée à la question écrite E-2739/02 posée par E. BAKOPOULOS à la Commission : n°C155 p.45, 2002/09/30 relative aux écarts de prix à l'achat de véhicules automobiles dans l'Union européenne.

[281] Également rappelé par les lignes directrices du règlement 461/2010, pt. n°52 ; V. D. FERRIER, « Distribution par mandataires : Plusieurs décisions judiciaires se prononcent en faveur de la protection du distributeur mandataire », *concurrences*, 2009, n° 3.

71.- Aussi, L'exécutif européen a identifié à l'article 4 du règlement n°1400/2002 treize restrictions caractérisées ayant pour effet de rejeter l'exemption par catégorie des accords les contenant. Elles sont entendues largement puisqu'elles peuvent être mises en œuvre « *directement ou indirectement* » par les entreprises et « *isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties* ». D'ailleurs, certains auteurs considèrent que cela nuit à la sécurité juridique[282].

Sur le fondement de ces restrictions caractérisées, la jurisprudence relative aux entraves au commerce parallèle des mandataires automobiles s'est fortement enrichie. De nombreuses pratiques ont été relevées. Leur examen approfondi ne présente toutefois que peu d'intérêt pour l'étude.

A par exemple été condamné le Conseil National des Professionnels de l'Automobile (CNPA)[283] dont les pratiques consistaient en l'organisation d'une menace de boycott du crédit de l'Est au motif qu'il avait noué des relations commerciales avec des mandataires automobiles. Les menaces de boycott concernaient également le « républicain lorrain », journal acceptant de passer les annonces de ces revendeurs hors réseau[284].

Autre illustration, le fournisseur qui impose des prix de revente restreint la concurrence que son distributeur pourrait faire à d'autres[285]. Ont alors été condamnés sur ce fondement (ou sur le fondement du règlement 1475/1995) des constructeurs qui tentaient de maîtriser les prix de vente de leurs véhicules par leurs distributeurs en limitant les remises accordées à 3 %[286]. De la même façon, la Commission a condamné les prix minimums imposés par Volkswagen aux concessionnaires allemands pour la vente de la VW Passat[287].

---

[282] L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°29).

[283] Cons. Conc., 22 déc. 2003, *SOCIÉTÉ DES MESSAGERIES LYONNAISES DE PRESSE*, déc. n°03-MC-04 ; puis CA Paris, 29 juin 2004, *SPEA c/ RENAULT* ; Cass. Com., 12 juill. 2005, *CNPA c/ SPEA*.

[284] Sur la pratique de boycott en droit de la concurrence v. J.-D. BRETZNER, « Le boycottage face à l'«impérialisme » du seuil de sensibilité », *D. aff.* 2000, n°28, p. 441.

[285] CA Versailles, 12 sept. 1990, *BID* 1991-1, p.31: « *le fait d'imposer un prix minimum de revente suppose à l'évidence la volonté délibérée du fournisseur d'abuser d'une position de force* » ; Cass. Com. 12 oct. 1993, *Lettre distrib.* 1993-12.

[286] Comm. CE, 10 oct. 2001, *MERCEDES-BENZ*. Confirmation partielle par TPICE, 15 sept. 2005, *DAIMLER-CHRYSLER* c/ Commission: l'amicale des concessionnaires Mercedez-Benz de Belgique et MBBel (filiale du constructeur) avait conclu un accord le 20 avril 1995 organisant la limitation des remises à 3 %. Le dépassement entraînant des réductions des quotas de véhicules ; il est très intéressant de noter que dans l'arrêt Mercedes, la Commission s'appuie comme dans la deuxième affaire Volkswagen [286] sur les jurisprudences constantes *GRUNDIG et NAPIER BROWN*: CJCE, 13 juill.s 1966, *GRUNDIG c/ CONSTEN*, *D.* 1966, p.321, 389 seq ; Comm. CE, 18 juill. 1988, *NAPIER BROWNc/ BRITISH SUGAR*.

[287] Comm. CE, 30 mai 2001, *VOLKSWAGEN II*, P. ARHEL, « sévère condamnation d'une pratique de prix imposés : la deuxième affaire Volkswagen », *P. Aff.* n°152, 1er août 2001, p. 5.

72.- Afin de contrôler leur distribution et pour contrer le commerce parallèle qui déstabilise et concurrence les concessionnaires classiques, les constructeurs automobiles ont également tenté de restreindre les livraisons de véhicules neufs aux concessionnaires européens qui favorisent ou permettent ce commerce[288]. Dans le secteur automobile, ce type de restriction territoriale a rapidement été sanctionné par la CJCE[289]. De même que le refus de fournir des véhicules avec des spécifications étrangères[290].

Ces restrictions, souvent indirectes, sont le fait des constructeurs qui pour mettre leurs distributeurs sous pression les menacent de supprimer leurs primes à la performance ou de limiter les quotas d'automobiles qu'ils leur livrent. Ainsi, plusieurs affaires jugées ont à ce titre condamné les constructeurs automobiles. Il faut mentionner l'affaire Volkswagen[291], l'affaire Peugeot[292], l'affaire Opel Nederland[293] et l'affaire Daimler Chrysler AG[294].

---

[288] La pratique des restrictions des ventes des distributeurs est réglementée par l'article 4. 1, b) du règlement 1400/2002. Ainsi, « *l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet…la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, le distributeur ou le réparateur peut vendre les biens ou les services contractuels ». En effet, « un accord entre producteur et distributeur qui tendrait à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce entre États membres pourrait être de nature à contrarier les objectifs les plus fondamentaux de la Communauté* » : CJCE, 13 juill.s 1966, *GRUNDIG c/ CONSTEN*, *Rec.* p. 429, *D.* 1966, p.321, 389 seq.

[289] CJCE, 12 juill. 1979, *BMW et ALII* c/ Commission.

[290] CJCE, 28 févr. 1984, *FORD OF EUROPE ET FORD WERKE* c/ Commission, *Rec.* p. 1129, sanctionnant des pratiques de ce type.

[291] Comm. CE, 28 janv. 1998, p. 60, 18e rapport pol. Conc. 1998, p. 31. ; *Europe*, juin 1998, n°200 obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 1999 J.-B Blaise et L.IDOT ; confirmé par TPICE, 6 juill. 2000, *VOLKSWAGEN AG* c/ Commission, *Rec.* p II-2707 ; note S. POILLOT-PERUZZETTO, *Cont. conc. consom.*, n°12, déc 2000, p. 15.

Il s'agissait en l'espèce de menaces de résiliation de contrats en cas de vente à des clients étrangers (essentiellement des Allemands et des Autrichiens qui souhaitaient profiter des disparités monétaires), d'entraves aux réexportations à partir de l'Italie au moyen d'un système de prime ou du contingentement des livraisons. Il a également été question de recommandations des marques Volkswagen et Audi à leurs concessionnaires italiens afin que ceux-ci ne communiquent pas aux clients étrangers refoulés les raisons véritables des refus de vente. Ils devaient par exemple leur indiquer que la garantie serait difficilement exécutée ou que les équipements étaient différents d'un pays à l'autre.

[292] Comm. CE, 5 oct. 2005, *SEP c/ AUTOMOBILES PEUGEOT* ; PEUGEOT et sa filiale des Pays-Bas ont été condamnés pour des pratiques contractuelles allant de 1997 à 2003 , un système de rémunération des concessionnaires avait été mis en place. Celui-ci prenait en compte pour le calcul des primes la destination des véhicules vendus par le distributeur. Les bonus de performance étaient alors refusés aux concessionnaires néerlandais qui vendaient à des clients résidant en France ; Il a également été reproché à la marque française la « mise sur le marché de séries spéciales pour que ces véhicules ne soient pas réimportés en France ». La marque a fait savoir à ce sujet « que la mise en place de séries spéciales est une décision industrielle qu'elle prend unilatéralement, le réseau n'intervenant qu'au stade de la commercialisation des véhicules et qu'en conséquence, cette pratique ne peut constituer une entente avec les membres de son réseau ».

[293] Comm C.E, 20 sept. 2000, *OPEL* ; TPICE, 21 oct. 2003, *OPEL* : Le Tribunal de première instance des communautés européennes a ainsi jugé, dans un arrêt du 21 oct. 2003, qu'il était interdit à un constructeur de chercher à limiter les ventes à l'exportation faites par ses concessionnaires, notamment en excluant les ventes concernées du bénéfice de primes au détail, de telles pratiques ayant pour effet de cloisonner les marchés nationaux et de freiner la construction d'un marché européen unique ; cet arrêt du tribunal a fait l'objet d'une

Enfin, les constructeurs français Peugeot et Renault ont fait l'objet de décisions du conseil de la concurrence du 23 décembre 2003[295] pour des affaires relatives à des pratiques tendant à soutenir financièrement les concessionnaires automobiles qui souffrent des importations parallèles. L'octroi d'aides dites de « *pression-import* » a été apprécié par les autorités françaises. Les décisions du conseil de la concurrence ont à ce sujet été confirmées devant les tribunaux. Ainsi, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris a été affirmé par le rejet de la Cour de cassation du pourvoi formé contre lui[296].

L'admissibilité des réseaux de distribution des biens contractuels suppose en définitive le respect d'un cadre contractuel qui vient d'être explicité. Aussi, il faut dès à présent procéder à l'étude des réseaux de distribution des services contractuels.

II. L'admissibilité des réseaux de distribution de services contractuels

73.- Une nouveauté apportée par le règlement n°1400/2002 a été qu'il s'applique aux accords ayant pour seul objet la distribution des services de réparation et d'entretien des

décision de rejet trois ans plus tard par la CJCE : CJCE, 6 avr. 2006, *GENERAL MOTORS BV* c/ Commission, *Lettre distrib.* mai 2006.

[294] Comm. CE, 10 oct. 2001, *DAIMLER-CHRYSLER*. Daimler Chrysler AG avait demandé aux membres du réseau allemand Mercedes lors d'une communication du 6 févr. 1996 de limiter leurs exportations et de ne pas attirer de clients étrangers en leur offrant des conditions plus avantageuses. L'originalité du constructeur américain est d'avoir eu recours non pas à un système établi de primes, mais à des menaces de réduction des quotas de livraison des véhicules aux concessionnaires ayant une activité avec l'étranger. Il était alors recommandé par le fournisseur de limiter à la fois les ventes actives et les ventes passives vers les autres territoires contractuels, qu'ils soient sur le territoire allemand ou à l'étranger. De plus afin de dissuader les consommateurs étrangers les concessionnaires devaient leur demander un acompte de 15 % alors que ce même acompte n'était pas demandé aux consommateurs nationaux. Cette affaire a fait l'objet d'un recours devant le TPICE (16 mars 2002), sans que cela aboutisse.

[295]Cons. conc. 23 déc. 2003, n°03-D-66 23, pratiques mises en œuvre par la société *RENAULT* et le groupement des concessionnaires *RENAULT* dans le secteur de la distribution automobile; Cons. conc. déc. 23 déc. 2003, n°03-D-67, relative aux pratiques mises en œuvre par *PEUGEOT* et le groupement des concessionnaires automobiles *PEUGEOT (GCAP)* dans le secteur de la distribution automobile. Disjonction le 26 mai 2003 de la saisine en trois procédures distinctes

Dans cette affaire le conseil de la concurrence n'a pas sanctionné les aides financières octroyées aux concessionnaires qui subissaient la concurrence des mandataires et des revendeurs. Bien que l'on eu prêté à *PEUGEOT* et *RENAULT* des intentions malhonnêtes tendant à exclure les mandataires du marché de l'automobile, les deux constructeurs ont bénéficié du fait que les aides octroyées ne permettaient pas aux concessionnaires de pratiquer des prix prédateurs et qu'eux-mêmes n'étaient pas en position dominante sur le marché français de l'automobile. Selon le conseil, il était donc loisible à un constructeur de consentir un effort commercial à ses concessionnaires afin de soutenir son réseau et d'éviter la chute de certains de ses membres.

[296] Cass. Com., 17 janv. 2006, *SPEA c/ SOCIÉTÉ PEUGEOT et GCAP*.

véhicules[297]. Actuellement, la distribution de services contractuels dépend de deux textes, le règlement n°330/2010 et le règlement n°461/2010. Le mode de distribution des services contractuels va alors dépendre de la part de marché détenue par le fournisseur et par le réparateur au regard des réparations assurées pour tous les véhicules de la marque[298].

Or en matière automobile, la configuration du secteur ne laisse pas le choix au constructeur, la distribution sélective qualitative s'impose (A). Cela a eu d'importantes conséquences sur les réseaux de réparateurs agréés (B).

A. L'admissibilité des réseaux de distribution sélective qualitative

74.- S'agissant du marché des services de réparation et d'entretien, on peut distinguer le marché de l'entretien et de la réparation légère du marché de la réparation lourde[299].

Au demeurant, il faudrait distinguer également le marché des services de réparation en période de garantie du marché des services en dehors de cette période[300]. Il ne faut pas faire cette distinction qui a vocation à s'atténuer. D'une part parce qu'il devient de plus en plus difficile pour un concessionnaire d'opposer à l'utilisateur final la perte de la garantie du fait qu'il n'a pas fait faire les travaux d'entretien et de réparation dans le réseau. En effet, comment opposer la perte de la garantie sur un moteur défectueux à un distributeur qui a fait changer un alternateur hors réseau ? Ainsi, l'attractivité de la période de garantie s'atténue.

Il semble alors qu'il faille distinguer uniquement le marché des services de réparation rapide (1) des services de réparations lourdes (2).

---

[297] Article 2, 1 du règlement 1400/2002 ; pour une critique de cette ouverture du champ d'application du règlement n°1400/2002 : L. VOGEL et J. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°39) ; F. MOREAU et P. SERGEANT, « Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles », *D.* 2002, p. 2725.

[298] Article 3. 1. du règlement 330/2010 : « *L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels* ».

[299] Comm. CE, 31 mai 1999, *FORD / KWIT-FIT* ; Comm. CE, 10 avr. 2000, *BUTLER CAPITAL et ALII* ; Comm. CE, 11 sept. 2000, *FEU VERT/CARREFOUR/AUTO CENTER*.

[300] V. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 17 oct. 2002, à Monsieur le Président de la société Gueudet frères, relative à une concentration dans le secteur de l'exploitation de concessions automobiles.

1. Le marché des services de réparations lourdes

75.- En matière de services de réparations lourdes, les règlements automobiles imposent quasiment aux constructeurs le recours à la distribution sélective qualitative (a). La Commission européenne renseigne alors sur les conditions de sa mise en œuvre (b).

a) Le recours obligatoire à la distribution sélective qualitative

76.- La majorité des constructeurs dépasse le seuil des 30 % posé par l'article 3.1. du règlement n°330/2010 applicable à l'activité de distribution de services automobiles. La Commission européenne a d'ailleurs affirmé que la distribution sélective quantitative ou exclusive ne concernerait que certains types de services très concurrentiels tels le changement des pneus ou les petits travaux d'entretien (vidange, amortisseurs, vitrage...). Elle savait pertinemment en rédigeant le règlement que la distribution sélective qualitative serait le choix quasi obligatoire puisque déjà dans le projet de note explicative publié au JOCE du 16 mars 2002, elle affirmait qu'« *en ce qui concerne les activités traditionnelles de services après-vente la part de marché sera très supérieure à 30 %. Il est donc probable que des constructeurs automobiles, qui ont intérêt à disposer d'un système de réparateurs qui offrent tous les types de service de réparation pour des raisons de confort du consommateur (...) utiliseront la sélection qualitative pour la sélection de leurs réparateurs agréés* ».

Cela s'explique par le fait qu'en matière d'après-vente les réseaux de réparateurs de marque sont peu concurrencés. Il existe des réseaux indépendants spécialistes de la réparation rapide et de l'entretien, mais en matière de grosse réparation le niveau de concurrence est plus faible. Les réparateurs indépendants souffrent d'une moins bonne réputation largement due à la complexité croissante des véhicules. Le réseau constructeur détient en conséquence une grande part du marché des services des réparations importantes, bien supérieure au seuil des 30 %. La distribution sélective est alors le mode de distribution le plus couramment utilisé en matière d'après-vente. Comment s'effectue alors la sélection des réparateurs ?

b) La sélection qualitative des réparateurs agréés

77.- Comme pour la distribution de véhicules et de pièces de rechange, la distribution sélective des services organise le recrutement des réparateurs agréés en considération de critères qualitatifs. À ce titre, la brochure additionnelle du règlement n°1400/2002[301] donnait une liste de critères qualitatifs susceptibles d'être jugés restrictifs de concurrence[302] et qui sont, selon nous, toujours d'actualité. Ainsi, et comme pour la distribution de pièces ou de véhicules, les critères doivent être précis, objectifs et appliqués de manière uniforme[303]. Il est cependant admis qu'il existe différents niveaux de sélection selon la situation dans laquelle se trouve le réparateur. Le fournisseur peut alors mettre en place des critères distincts suivant que les réparateurs sont installés dans des zones urbaines prospères ou dans des zones rurales[304].

Il en découle que pour autant qu'ils respectent les normes de qualité définies par un constructeur les réparateurs indépendants pourront devenir des réparateurs agréés au sein du réseau du constructeur. La séparation de la vente et de l'après-vente et les différences relatives aux critères de sélection expliquent d'ailleurs que la faute commise en qualité de distributeur ne puisse être un motif de non-agrément en qualité de réparateur[305].

Par ailleurs, l'après-vente automobile évolue comme la vente en considération des services de commerce électronique. S'il n'est pas possible de faire réparer son véhicule sur internet, il est en revanche possible d'y trouver toutes les informations relatives aux prestations des réparateurs, de prendre rendez-vous et de prépayer en ligne. C'est alors la tête de réseau qui propose ce service national pour ses adhérents[306].

---

[301] « Questions fréquemment posées », disponibles sur le site *www.europa.eu*, p. 8.

[302] Obligation d'être propriétaire et de stocker en permanence des outillages ou équipements spécialisés qui sont utilisés rarement, le réparateur devant avoir la possibilité de les louer pour l'occasion ; obligation d'acheter ou utiliser un équipement de diagnostic spécifique à la marque lorsqu'il existe un équipement générique équivalent ; obligation de disposer d'un portique de lavage automatique de voitures, le réparateur devant pouvoir assurer cette prestation suivant les modalités de son choix ; nécessité d'utiliser un matériel électronique déterminé quand d'autres solutions susceptibles de parvenir au même résultat existent ; obligation d'être propriétaire de véhicules de remplacement, dès lors que le réparateur doit pouvoir se contenter de mettre à disposition de ses clients un véhicule loué pour l'occasion..

[303] Brochure additionnelle, p. 9.

[304] *Ibid.*

[305] *CA Dijon, 1er avr. 2004, GARAGE GREMEAU c/ DAIMLER-CHRYSLER.*

[306] Actuellement, Mercedes est le seul à avoir mis en place un site internet national pour l'ensemble de ses concessionnaires et réparateurs : E. BINOIS, « Mercedes intègre internet dans son service après-vente », *autoactu.com*, 25 juin 2006.

Suite à l'étude du marché des services de réparation lourde, s'impose fort logiquement l'étude du marché des services de réparation rapide qui ne présente pas la même configuration.

2. Le marché des services de réparation rapide

78.- Contrairement au marché des services de réparations lourdes, sur le marché de la réparation rapide les parts de marché sont atomisées. Dans le cas d'un réseau franchisé de réparateurs qui n'assure que les réparations et l'entretien simple pour toutes les marques de véhicules automobiles, l'accord est exempté si la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 30 % sur le marché de services.

Le réseau fournit un service qui n'est pas propre à une marque et, en ce qui concerne l'éventail des services qu'il propose, les consommateurs ont le choix entre différents prestataires du service en question, par exemple les réseaux de réparations des constructeurs automobiles, les réseaux de réparation rapide et les réparateurs indépendants individuels ». Par conséquent, l'exemption est possible « *si des concurrents assurent au mois 70 % sur le marché de services de réparation et d'entretien en cause pour toutes les voitures particulières dans cet état membre et si, pour chaque catégorie de pièces de rechange, la valeur des pièces que le fournisseur vend au réseau est égale ou inférieure à 30 % de la valeur à l'achat des pièces utilisées pour ces réparations sur l'ensemble du marché* »[307].

Or en matière de réparation rapide, le degré de concurrence est élevé. Réseaux indépendants et réseaux de constructeurs ont donc la possibilité de mettre en place une distribution sélective quantitative ou exclusive. Si cela paraît difficile pour les constructeurs qui devraient alors prévoir un réseau spécifique aux réparations rapides et un réseau spécifique aux réparations lourdes, les indépendants profitent de cette opportunité bien que la franchise soit préférée.

L'étude du traitement de la concurrence intramarques par les règlements automobiles révèle que les réseaux, anciennement constitués de concessionnaires exclusifs, sont désormais constitués de distributeurs sélectionnés. Quelles ont été les conséquences sur les réseaux de services de ce changement ?

[307] Brochure explicative du règlement 1400/2002.

B. Les conséquences de la distribution sélective qualitative sur les réseaux

79.- La pratique antérieure voulait qu'il existe généralement deux niveaux dans le réseau de distribution. Un réseau primaire constitué de concessionnaires assurant la vente et l'après-vente et un réseau secondaire constitué d'agents de marque susceptibles d'agir selon différents modèles[308]. Ils étaient contractuellement rattachés aux concessionnaires et étaient généralement plus nombreux, constituant ainsi le véritable maillage du territoire[309].

Or, en prohibant la concession exclusive, la Commission a poussé les constructeurs à utiliser la sélection qualitative. Cela a poussé les têtes de réseau à durcir leurs critères de sélection alors que la Commission souhaitait le contraire. L'intérêt d'un constructeur étant que ses « sélectionnés », tant réparateurs que vendeurs, aient des entreprises florissantes, il est sûr que les sélectionneurs tentent d'établir des critères permettant de ne retenir que les partenaires les plus performants tout en organisant leur déploiement sur le territoire. Ainsi sur les 3 000 anciens agents Citroën un tiers n'a pu être repris à cause des critères de sélectivité qu'il fallait désormais remplir[310] après 2002. Les anciens agents ont donc été obligés de se reconvertir et les constructeurs ont dû redéployer un réseau secondaire performant.

Cette perte d'agents, donc de chiffre d'affaire et de capillarité a poussé les constructeurs à créer des enseignes multimarques de réparateurs. Se sont alors développés les MRA (Mécaniciens réparateurs agréés) selon un modèle différent de ceux existants déjà[311]. En effet, nombre de ces réseaux existent déjà et ne sont pas issus d'un constructeur automobile[312]. Ces MRA de constructeurs entretiennent une relation privilégiée avec les concessionnaires voisins[313]. Ils forment une sorte de réseau de réparateurs agréés secondaires

---

[308] L'agence de marque peut s'organiser selon trois modèles : les « agents-revendeurs » qui achètent les véhicules neufs auprès de leur concessionnaire pour les revendre ensuite aux consommateurs. Ils s'approvisionnent en pièces de rechange d'origine auprès de leur concessionnaire. Celui-ci constitue l'intermédiaire avec le constructeur notamment pour les opérations de garantie et de rappel ; les « agents commissionnés » sont par définition des intermédiaires agissant pour la vente par le concessionnaire. L'activité d'après vente est gérée de la même façon que pour les « agents revendeurs » ; les « agents services » se consacrent à l'activité d'après vente et ne sont pour le concessionnaire que des apporteurs d'affaires.

[309] L. IDOT, « Retour sur la distinction entre l'agent et le concessionnaire », *Europe*, n°11, nov 2005, p.3.

[310] Source *LJA*.

[311] Les réseaux de MRA prennent alors des noms tels que Motrio qui avant d'être un réseau de réparateurs était l'offre de pièces multimarques de Renault. Ford a également remis au goût du jour sa marque de pièces Motorcraft pour en faire un réseau. Citroën n'est pas en reste avec l'enseigne Eurorepar.

[312] P. ex. : garage AD, Autoprimo, Elit'Auto, Mon garage, Bosch Car Service, Autofit…

[313] Il n'est pas rare de voir concessionnaires et MRA travailler ensemble. Ainsi, le MRA a souvent besoin du concessionnaire pour tout ce qui concerne l'électronique embarquée qui nécessite des éléments que les constructeurs réservent jalousement à leurs réparateurs agréés. C'est le cas pour réinitialiser un boîtier

ne portant pas l'enseigne du constructeur bien qu'ils profitent de sa logistique. Ainsi, ils s'approvisionnent chez les grossistes et chez les réseaux de constructeurs en pièces détachées[314]. Leur activité se fait avant tout sur les opérations d'entretien, de réparation et de vente de véhicules d'occasion. C'est alors très attirant pour un réparateur indépendant de s'affilier d'autant plus qu'il conserve une grande autonomie.

80.- Le paragraphe premier de cette étude a permis d'identifier quelles sont les formes contractuelles faisant l'objet d'une exemption par catégorie pour la distribution en matière automobile. L'admission de ces formes contractuelles est alors commandée par les seuils de parts de marché que la Commission européenne fixe dans le règlement n°330/2010 applicable à la distribution de services automobiles (le règlement n°461/2010 s'y applique également, mais ne dispose rien quant aux parts de marché).

§2. L'admission des réseaux de distribution automobile

81.- Si les règlements automobiles reconnaissent l'admissibilité des réseaux de distribution exclusifs et sélectifs, leur admission ou exemption est soumise à des conditions tenant aux parts de marché détenues par le constructeur. Ces seuils de parts de marché, s'ils sont dépassés, ne permettent pas à l'accord en cause de se soustraire à l'article 101 §1 en vertu du §3 (anc. art. 81 §1 et §3). En revanche, en dessous de certains seuils, la Commission européenne considère que la concurrence ne peut être affectée par l'accord vertical et que donc, celui-ci n'est pas soumis à l'article 101 §1.

électronique par exemple. Dans le sens inverse, c'est le concessionnaire qui pourra utiliser le MRA pour soulager son atelier en prenant en charge une opération particulière.

[314] D'ailleurs, ils sont contractuellement liés à ces concessionnaires. Il existe plusieurs types de contrat de membre pour ces réseaux. L'adhésion à Eurorepar (Citroën) se fait en signant deux contrats. Le premier est un contrat de licence de marque avec la société SAS Eurorepar de trois ans et demi renouvelable. Le second contrat est signé avec l'un des concessionnaires ou distributeurs de pièces de rechange du réseau Citroën qui se chargera de la distribution des pièces. Les deux parties s'accordent entre elles concernant les promotions sur les pièces. Le distributeur de pièces fournit également une assistance technique. Motorcraft (Ford) utilise également une Licence de marque. Ces contrats prévoient des droits d'entrée et de redevance annuelle très faible, moins de 1000 euros[314]. De même, l'affiliation à Motrio ne nécessite pas de droit d'entrée ni de redevance, mais un contrat d'agréation de deux ans renouvelable qui autorise l'atelier à utiliser les signes distinctifs du réseau. La seule condition financière est de réaliser un chiffre d'affaires mensuel de 8500 euros. Le réparateur accède à différents services (informations techniques, pièces de rechange, Renault Parts, assistance technique…)[314].

Il faut étudier ces deux types de seuils. Tout d'abord les seuils hauts qui commandent l'exemption de telle ou telle forme contractuelle soumise à l'article 101§1 (I). Ensuite les seuils bas qui permettent aux accords d'échapper à ce même article (II).

I. L'exemption fonction des seuils hauts de parts de marché

82.- Les règlements de « *nouvelle génération* »[315] se caractérisent par l'approche économique qui est faite des accords de distribution. Cette intégration de facteurs économiques s'illustre alors par l'existence de seuils de parts de marché sur lesquels est fondé le mécanisme de l'exemption prévu par l'article 101§3 (A). Le dépassement de ces seuils retire alors à l'accord le bénéfice de l'exemption. Toutefois, certaines modalités sont prévues afin d'aménager cela (B).

A. Les seuils de parts de marché commandant l'exemption

83.- Les seuils de parts de marché commandant l'exemption des accords de distribution automobile sont inversement proportionnels à l'intensité des restrictions de concurrence contenues dans cesdits accords. Ainsi, plus l'accord restreint la concurrence, moins le seuil à ne pas franchir est bas. Au contraire, moins l'accord restreint la concurrence, plus ce seuil est haut. De fait, c'est en fonction de la part de marché que le fournisseur aura un choix plus ou moins étendu quant aux réseaux de distribution qu'il a la possibilité de mettre en place. Qu'en est-il alors lorsqu'un nouveau marché est créé et que l'opérateur détient de fait la totalité des parts ? Il faut par conséquent étudier quels sont les seuils d'exemption (1) avant de préciser la situation dans laquelle un nouveau marché est créé (2).

1. Les seuils de parts de marché

84.- Décrire les seuils de parts de marché suppose de diffracter cette description en deux parties. Effectivement, l'échelle applicable à la distribution de véhicules neufs (a) et qui relève du règlement n°1400/2002 est distincte de l'échelle applicable à la distribution de pièces de rechange et de services de réparation (b) qui relève du règlement n°461/2010 et plus

[315] L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°29).

particulièrement du règlement n°330/2010. Enfin, il faut noter que dès le 1er juin 2013, les seuils de parts de marché du règlement n°330/2010 seront applicables à la distribution de véhicules neufs.

a) Les seuils de parts de marché de la distribution de véhicules

85.- Le règlement n°1400/2002 précise que l'exemption « *s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les véhicules automobiles neufs, les pièces de rechange pour véhicules automobiles ou les services de réparation et d'entretien* » [316]. Le fournisseur se trouvant dans une telle situation a donc la possibilité de choisir entre la mise en place d'un réseau de distribution exclusive ou sélective.

Dépassé le seuil de 30 % de parts de marché, le règlement de 2002 exempte les accords de distribution sélective quantitative pour la vente de véhicules neufs jusqu'à la limite de 40 %. Ce traitement de faveur accordé à ce mode de distribution s'explique par le souhait de la Commission européenne de le favoriser au détriment de la distribution exclusive. En effet, l'exécutif communautaire apprécie plus favorablement l'étanchéité d'un réseau que la réservation territoriale.

Toutefois, ce choix a été critiqué par la Commission elle-même[317]. La Commission estime aujourd'hui que ce seuil dérogatoire a « *faussé le choix et contribué à l'uniformité des pratiques ». Elle le qualifie d'« aberrant, étant donné que les systèmes de distribution sélective quantitative sont généralement perçus comme restreignant plus la concurrence intramarques que les systèmes de distribution exclusive* », « *qui jouissent pourtant de règles moins favorables* »[318]. C'est ce qui explique que dès le 1er juin 2013, c'est le seuil de 30 % qui s'appliquera de manière uniforme en application du règlement n°330/2010.

Bien que très curieusement, la Commission européenne précise dans les lignes directrices pour le secteur automobile du 28 mai 2010 que « *la distribution sélective quantitative remplira généralement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité, si la part de marché des parties n'excède pas 40 %* ». Cela semble vouloir dire qu'après la date du 1er juin 2013, la distribution sélective quantitative continuera d'être

[316] Article 3. 1, du règlement n°1400/2002.

[317] Rapp. d'évaluation du règlement CE n°1400/2002, p. 5, disponible sur *www.europa.eu.*

[318] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42).

exemptée en cas de parts de marché situées entre 30 % et 40 %. Voilà qui met en cause la réintégration du secteur automobile sous le régime général.

86.- Enfin, au-delà de 40 % de parts de marché, un seul mode de distribution est exempté. Il s'agit de la distribution sélective purement qualitative pour laquelle la Commission a une attirance particulière. Ce type de distribution ne produit pas, selon elle, d'effets préjudiciables pour la concurrence. Cela ne soustrait cependant pas l'accord à l'exigence générale selon laquelle il ne doit pas contenir de restriction de concurrence affectant de façon sensible le commerce entre États membres[319].

Du reste, ces seuils ne sont pas ceux applicables à la distribution de pièces de rechange et de services de réparation.

b) Les seuils de parts de marché de la distribution de pièces de rechange et de services après-vente.

87.- En matière de distribution de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien, deux règlements d'exemption s'appliquent. Les conditions générales d'exemption sont énoncées par le règlement général 330/2010 tandis que le règlement n°461/2010 énonce des restrictions anticoncurrentielles supplémentaires.

Bien qu'il y ait une dualité de règlements, le régime applicable est cependant plus simple qu'il ne l'était du temps du règlement n°1400/2002. Désormais, un seuil uniforme de parts de marché fixé à 30 % s'applique. En deçà de ce seuil, tous les systèmes de distribution sont exemptés[320] (sous couvert de respecter les conditions réglementaires) tandis qu'au-delà de ce seuil, aucun ne l'est, même pas la distribution sélective purement qualitative[321].

La distribution sélective qualitative a été utilisée en matière de distribution de services de réparation et d'entretien de manière quasi obligatoire, en raison de la concentration du secteur. La Commission reconnaît en effet que « *la plupart des fournisseurs établiront des*

[319] Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 101 et 102 du traité, JOCE n°C. 101 du 27 avr. 2004 ; v. également J.-P. VIENNOIS, *op. cit.* (v. note n°76) ; ou du même auteur v. « Clarification du champ d'application du droit communautaire de la concurrence », *P. aff.* 22 sept. 2004, n°190, p. 9.

[320] Article 3. 1, du règlement 330/2010.

[321] Lignes directrices du règlement 461/2010, pt. n°59.

systèmes de distribution sélective qualitative pour la réparation et l'entretien ».[322] Certains auteurs font même de ce recours quasi obligatoire l'explication de l'absence de seuils[323].

En fin de compte, l'étude des seuils de parts de marché montre que lorsqu'un constructeur a peu de concurrents, il est de plus en plus limité quant au réseau de distribution qu'il peut établir. Qu'en est-il alors lorsqu'il n'a aucun concurrent ? Tel est le cas en cas de création d'un nouveau marché pertinent.

2. Le cas particulier de la création d'un nouveau marché pertinent

88.- En cas de création d'un nouveau marché, l'opérateur détient 100 % des parts de marché. Dans ces conditions, seule la distribution sélective qualitative est exemptée puisqu'aucune limite n'est fixée par les règlements automobiles.

Un marché pertinent nouveau peut être créé lorsqu'une de ses composantes est modifiée. Ainsi, un marché de la banane peut être créé si celle-ci est distribuée sur un territoire nouveau sur lequel aucune banane n'est vendue. La composante géographique étant nouvelle, le marché entier est nouveau. De même, un nouveau marché est créé lorsqu'un produit nouveau auquel on ne peut substituer de produit concurrent est distribué.

En matière automobile, cette dernière hypothèse est peu intéressante puisque tout nouveau modèle de véhicule ou de pièce et tout nouveau service sont automatiquement intégrés au marché supérieur. Ainsi, si un nouveau modèle Mercedes, sans aucun concurrent sur le marché, sort, ses ventes seront intégrées aux parts de marché générales de Mercedes. Cela n'influence donc pas directement le système de distribution.

89.- En revanche, l'hypothèse d'une nouvelle composante géographique est intéressante dès lors que l'on songe à la dématérialisation de la distribution. Aussi, la création d'un canal de distribution électronique crée t'elle les conditions d'un nouveau marché ? Déjà, les lignes directrices du règlement n°2790/1999 apportaient un premier élément de réponse en retenant que les marchés ne sont en principe pas définis par le type de distribution utilisé étant donné que différents modes de distribution sont généralement en concurrence[324].

---

[322] « Questions fréquemment posées », p. 9.

[323] C. BOURGEON, *op. cit.* (v. note n°86).

[324] Lignes directrices du 13 oct. 2000, JOCE n°C. 291 du 13 oct. 2000, pt. n°91.

Ainsi, internet qui est un canal de distribution n'est pas un marché pertinent puisqu'il faut le mettre en concurrence avec d'autres canaux de distribution[325]. De plus, son utilisation généralisée dans la vie quotidienne a pour conséquence de transformer ce canal de distribution innovant en un canal de distribution traditionnel.

La question essentielle est de savoir si un produit acheté sur Internet est substituable à un produit acheté de façon traditionnelle. C'est donc bien en appréciant le produit et sa substituabilité que l'on détermine le marché[326]. Internet peut donc être un marché spécifique pour certains produits et pas pour d'autres. Ce qui fait l'attrait majeur du commerce électronique est la facilité à obtenir un produit sans se déplacer et parfois même simplement à le trouver. Dès lors, il est plus facile de considérer qu'un produit du commerce électronique est substituable à un produit du commerce traditionnel si le consommateur peut trouver ce dernier pré de chez lui. Lorsqu'Internet permet d'acheter un produit et de se le faire livrer tandis que le commerce traditionnel implique de se déplacer sur une longue distance, alors il n'y a pas substituabilité et les produits sont sur des marchés distincts[327].

Désormais identifiés les seuils de parts de marché commandant le bénéfice de l'exemption, il est intéressant de préciser le cas où certains de ces seuils sont dépassés.

B. Le dépassement des seuils de parts de marché

90.- En matière de distribution de véhicules, l'article 8.2 du règlement 1400/2002 aménage le dépassement des seuils de parts de marché afin de garantir une certaine sécurité juridique pour les opérateurs qui, dans le cas contraire, risqueraient de perdre le bénéfice de l'exemption chaque premier janvier. Les mêmes règles sont énoncées par l'article 7 du règlement général d'exemption n°330/2010 en matière de distribution de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien[328].

---

[325] G. DANG N'GUYEN, « Internet et la délimitation des marchés pertinents : un point de vue économique », *Conc. consom*. Mai juin 2001, n°121, p. 21.

[326] V. Partie 1, titre 1, chapitre 1, Section 1.

[327] En contradiction avec cette idée est la décision du conseil de la concurrence France Loisirs. En l'espèce les livres étaient sans doute trouvables localement, mais le conseil a quand même décidé que la vente en club par correspondance constituait un marché distinct de la vente traditionnelle : CA Paris, 11 mars 1993, *FRANCE LOISIRS c/ LE GRAND LIVRE DU MOIS*. Le conseil de la concurrence a considéré que le fait pour un consommateur d'être membre d'un club de vente de livres par correspondance le positionnait sur un marché pertinent spécifique différent du canal de distribution traditionnel des livres.

[328] V. notamment. R. PIHÉRY, « Retrait et exclusion de l'exemption », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 59.

Ainsi ,un dépassement inférieur à 5 % procure au fournisseur un délai de deux années pour mettre ses accords en conformité[329]. Un dépassement supérieur à 5 % ne lui confère en revanche qu'une année pour régulariser sa situation[330]. Ces dispositions ne permettent toutefois pas de prolonger le contrat au-delà de deux ans[331].

L'étude des seuils « hauts » de parts de marché se terminant, elle laisse désormais place à l'étude des seuils « bas ».

II. L'exemption fonction des seuils bas de parts de marché

91.- À la lecture de la communication de la Commission européenne de 2001[332] sur les accords d'importance mineure, il est possible de s'interroger sur l'éventualité d'une non-application des règlements automobiles à certains accords. Il s'agit de reconnaître à ces accords une qualité, celle de ne pas affecter de façon sensible le commerce entre États membres. Leur serait alors applicable la théorie « de minimis », écartant ainsi l'application des règlements d'exemption.

Ces accords sont alors dits d'importance mineure. Un accord d'importance mineure est un accord qui, en raison des faibles parts de marché qu'il concerne, n'a pas d'effets anticoncurrentiels sensibles sur le commerce et la concurrence. Ces accords qui n'ont pas d'effet sensible sur le jeu de la concurrence et les échanges intracommunautaires échappent, par conséquent, à l'interdiction des ententes prévues par l'article 101 paragraphe 1[333].

---

[329] Article 7. d) du règlement n°330/2010 et article 8. c) du règlement n°1400/2002.

[330] *Ibid.*, Article 7. e).

[331] *Ibid.*, Article 7. f).

[332] La règle de minimis est énoncée pour la première fois en 1969 par la jurisprudence de la CJCE (CJCE, 9 juill. 1969, *Ltm et VOLK VERVAECKE*). Cette règle a ensuite été codifiée dans la communication du 3 sept. 1986 de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui précise que pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 81, « *l'accord doit affecter de façon sensible le commerce entre États membres et le jeu de la concurrence* »(CJCE, 25 nov. 1971, *BÉGUELIN IMPORT Co c/ SAGL IMPORT EXPORT*). S'il n'affecte pas de façon sensible le commerce et la concurrence, il ne relève pas de l'article 101.

Actuellement, la communication de 2001(Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne, JOCE n°C. 368 du 22 déc. 2001) remplace la communication du 15 oct. 1997.

[333] Ceci est valable à condition que l'accord ne contienne pas de restrictions caractérisées. Leur présence est incompatible avec la réglementation de la concurrence, les pratiques ont alors forcément un effet sensible sur la concurrence ou sur le commerce intracommunautaire. La liste de ces restrictions se retrouve dans le règlement 1400/2002 à l'article 4. Ce sont donc les « *conditions générales* » et les « *restrictions spécifiques* » qui ne s'appliquent plus. Les restrictions caractérisées conservent « *per se* » leur caractère anticoncurrentiel. Il faut alors rechercher une exemption individuelle.

92.- Ainsi, « *si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels sur l'un quelconque de ces marchés* », ces accords ne restreignent pas le commerce intracommunautaire ni la concurrence.

De même, « *si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui ne sont des concurrents existants ou potentiels sur aucun de ces marchés* », ces accords ne restreignent pas non plus le commerce intracommunautaire ni la concurrence. « *Dans les cas où il est difficile de déterminer s'il s'agit d'un accord entre concurrents ou d'un accord entre non-concurrents, c'est le seuil de 10 % qui s'applique* ».

Or il apparaît qu'il n'y a pas lieu de faire application de ces parts de marché dans le secteur automobile. En effet, la communication précise que « *ces seuils sont rabaissés à 5 % (que l'accord soit passé entre concurrents ou non-concurrents) lorsque sur un marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif d'accords de ventes de biens ou de services contractés par différents fournisseurs ou distributeurs* »[334]. C'est le cas en matière de distribution automobile[335].

---

[334] Il faut noter qu'outre une convergence entre les deux droits, l'ordonnance de 2004 ne prend pas en compte la théorie des effets cumulatifs de verrouillage de réseaux ; sur ce sujet v. D. FERRIER, « Les effets cumulatifs de réseaux », *Cah. dr. ent.* 1999, n°5, p.7.

[335] Un tel effet cumulatif de verrouillage des réseaux existe lorsque sur un marché de référence, une part importante de la distribution de produit est assurée de façon similaire, c'est à dire par le même mode de distribution. **Erreur ! Document principal seulement.**Au demeurant, l'imposition de modèles contractuels précis par la Commission européenne fait courir le risque d'un retrait de l'exemption. Trois cas sont prévus par le règlement 1400/2002 (Article 6.1), mais un seul est véritablement possible. En effet, l'hypothèse d'un effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires tend à s'appliquer au secteur automobile dans lequel la Commission a imposé un cadre contractuel précis. L'accumulation d'accords reposant sur des restrictions verticales du même type fige le marché et empêche l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. La Commission précise à ce propos que la coexistence de réseaux de distribution sélective qualitative et de réseaux de distribution sélective quantitative est potentiellement porteuse d'effets cumulatifs de réseaux (pt. 73 des lignes directrices pour le règlement 2790/1999).
Cette théorie a été invoquée dans le secteur automobile par la société Turbo Europe. L'affaire n'a toutefois pas débouché sur la condamnation des constructeurs. Le conseil de la concurrence a conclu que « les éléments versés au dossier sont insuffisants pour envisager que le cumul d'obligations contractuelles similaires par les principaux constructeurs soit à l'origine d'une atteinte significative à l'accès au marché ou à la concurrence » (Cons. conc., 16 mai 2006, Turbo Europe).
En l'espèce, « l'existence des réseaux de distribution sélective dont Turbo Europe dénonce les effets ne l'empêche pas d'importer des véhicules neufs, dont environ 80 % de marques françaises, en quantité toujours croissante. Les représentants de Turbo Europe, entendus le 8 mars 2006, évoquent à cet égard un chiffre d'affaires en constante augmentation et envisagent, d'ici 2012, un développement sensible du réseau Auto-Eclerc qui passerait de 19 à 80 plateformes de vente ».

La communication 2001/C considère que « *les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage. Un effet cumulatif de verrouillage n'existera vraisemblablement pas si moins de 30 % du marché en cause est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires* ».

Or le système mis en place par la Commission européenne participe de verrouiller ces réseaux. En effet, deux types de distribution automobile cohabitent réellement sur le marché, la distribution en réseau régie par le règlement et la distribution en direct qui ne passe pas par l'intermédiaire de concessionnaires, mais qui se fait directement du constructeur au consommateur.

Ainsi, les constructeurs qui auraient moins de 5 % de parts de marché pourraient se voir appliquer la communication de minimis et ne pas être contraints par les règlements automobiles. Ces seuils bas sont le résultat d'une appréhension fine des réalités économiques. Les constructeurs n'étant pas dans la même situation sur le marché, pourquoi devraient-ils être traités de manière identique. Cela n'est donc pas porteur d'inégalité entre constructeurs, mais d'égalité.

93.- Porsche a ainsi été l'objet d'un communiqué de la Commission[336]. Celle-ci autorise le constructeur allemand à dépasser les limitations du règlement d'exemption étant donné qu'il se situe en deçà du seuil de minimis. Le constructeur allemand comptait maintenir le lien vente /après-vente ainsi que la sélection exclusive en application de la communication sur les accords d'importance mineure. La Commission n'a pas répondu favorablement à ses intentions. La firme devra alors proposer un contrat sélectif, ouvrir son après-vente et maintenir le lien entre vente et après/vente.

Toutefois, la Commission accepte certaines dérogations à la firme allemande. Porsche peut ainsi déroger au règlement pour ce qui concerne la vente des véhicules neufs. En revanche, la Commission explique que comme le réseau Porsche détient une part de marché de la réparation des véhicules de marque Porsche supérieure à 30 % la marque doit respecter le règlement en ce qui concerne l'après-vente. Il n'est donc pas question d'autoriser un lien entre vente et après vente.

[336] Communiqué IP/04/585 de la Commission européenne concernant Porsche qui détient moins de 5 % de parts de marché dans tous les États membres.

De même, les critères de sélection qui seraient qualifiés de discriminatoires dans d'autres réseaux permettent de ne retenir que les garages qui ne vendent pas de voitures de sport concurrentes ou utilitaires sportifs concurrents. Le multimarquisme est ainsi atténué. De même, en cas de multimarquisme, Porsche pourra le limiter en imposant des salles d'exposition séparées et du personnel dédié[337]. De la même manière, l'essaimage ne sera possible qu'avec l'accord du constructeur. Celui-ci a cependant dû autoriser la sous-traitance de l'entretien et de la réparation à tous les centres agréés de la marque.

D'une manière générale, les constructeurs n'ont pas couru après la théorie de minimis car celle-ci reste difficile d'application. Les marchés en cause ne sont pas clairement définis et elle ne permet pas non plus de résoudre l'après-vente où la part de marché des constructeurs reste très importante.

[337] Comme cela l'est précisé dans la brochure explicative, les articles 3 et 5 du règlement 1400/2002 ne s'appliquent pas.

CONCLUSION CHAPITRE 1

94.- L'étude de ce premier chapitre a fait ressortir les particularités du traitement de la concurrence intramarques dans le règlement 1400/2002, particularité qui résulte de la prise en compte des intérêts commerciaux des distributeurs.

Il apparaît toutefois que le régime du règlement n°1400/2002 ne déroge que très peu au traitement général des exclusivités. La méthode indiquée pour la délimitation des marchés pertinents y est similaire et seul le seuil de part de marché de 30 % est rehaussé à 40 % pour ce qui est des accords de distribution sélective quantitative[338]. Aussi, l'apport du règlement n°1400/2002 en matière de concurrence intramarques est si mince qu'il ne justifie pas l'existence d'un texte spécifique. C'est ce qui explique d'ailleurs que cette activité tombera le 1er juin 2013 sous le régime du règlement général d'exemption.

Pourtant, il est surprenant que les seuils de parts de marché, porteurs de l'approche économique des règlements d'exemption, soient uniformes dans le règlement général. Effectivement, une approche économique suppose par nature de se tenir au plus près du marché, de ses réalités et de sa conjoncture.

95.- Cette approche n'a toutefois pas effacé l'approche juridique. La Commission n'a pas renoncé aux clauses noires et rouges. Les premières, les restrictions caractérisées, font perdre le bénéfice de l'exemption à l'ensemble de l'accord tandis que les secondes, les restrictions exclues, n'atteignent pas directement l'économie du contrat. Elles sont simplement supprimées dans leur individualité. Ainsi, *« le règlement d'exemption se révèle être le creuset d'une conciliation entre la nouvelle approche économique et le maintien d'une approche juridique »*[339]. C'est le traitement de ces clauses qui permet d'accroître la concurrence intermarques dans le secteur automobile.

[338] L'originalité du règlement d'exemption 330/2010 est de prendre en considération à la fois les parts de marché du fournisseur et les parts de marché du distributeur, alors que le règlement 1400/2002 ne s'intéresse qu'aux premières. Pour autant, cette différence n'a pas d'incidence en matière automobile. « L'importance accordée par la Commission au pouvoir de marché de l'acheteur est motivée par la forte concentration que connaissent depuis ces dernières années certains secteurs d'activité et en particulier celui de la grande distribution. Sur ce point, l'idée du règlement est que la puissance d'achat peut renverser le pouvoir de négociation dans la chaîne verticale et ainsi faciliter la mise en oeuvre de restrictions verticales par l'acheteur en l'absence même de pouvoir de marché du fournisseur » : E. BARANES, *op. cit.* (v. note n°146).

[339] C. PRIETO, « Le progrès technologique dans le traitement des ententes contractuelles », *RIDE* 2007, n°3.

CHAPITRE 2

LA LIBÉRALISATION DE LA CONCURRENCE INTERMARQUES

96.- La concurrence intermarques est définie comme la concurrence que des distributeurs de marque différente, mais de produits substituables sont susceptibles de se faire sur un marché. Peu importe alors que ces distributeurs soient dans des situations contractuelles différentes (franchisé, distributeur exclusif, succursaliste ou distributeur sélectionné), ou qu'un même distributeur distribue plusieurs marques, dès lors que les produits de marque différente sont substituables.

97.- En matière de distribution de véhicules automobiles, le traitement de la concurrence intermarques, illustré par le régime des clauses de non-concurrence, fait l'objet d'un traitement renforcé par rapport au traitement résultant du régime général applicable à la distribution de pièces de rechange et de services de réparation. Il s'agit alors de favoriser davantage le multimarquisme, obligation de non-concurrence[340] définie comme *« toute obligation directe ou indirecte empêchant l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 30 % de ses achats totaux de biens contractuels, de biens ou de services correspondants ou de leurs substituts sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués l'année civile précédente »*[341]. Ceci consiste à permettre à un distributeur de distribuer plusieurs marques de produits concurrents, et ce, sur un seul et même point de vente[342].

---

[340] Pour une étude de cette obligation sous l'angle du droit communautaire de la concurrence v. H. LESGUILLONS, « Les clauses de non-concurrence en droit européen de la concurrence », *RDAI* 2006, n°4, p. 495.

[341] Article 1. 1, b) du règlement 1400/2002.

[342] Définition de l'article 1. b) du règlement 1400/2002 : « *obligation de non-concurrence : toute obligation directe ou indirecte empêchant l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 30 % de ses achats totaux de biens contractuels, de biens ou de services*

Pendant longtemps, la Commission a souhaité que les conditions d'application du multimarquisme soient adaptées à la conjoncture économique particulière du secteur automobile. Aussi, ces conditions d'application sont plus strictes de manière à insuffler plus de concurrence sur le marché que ne le ferait le régime général. Mais cette situation est amenée à disparaître le 1er juin 2013. La commission, constatant l'inutilité de cette mesure de multimarquisme, fait marche arrière et prévoit la réintégration du régime automobile dans le régime général.

Ce régime général s'applique d'ores et déjà en matière de distribution de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien. Depuis le 1er juin 2010, ces activités sont soumises au régime général d'exemption qui est moins sévère vis-à-vis des obligations de non-concurrence. L'étude tiendra compte par conséquent des différences de régimes existant entre vente et après-vente automobile.

Aussi, la pertinence de l'étude suppose de diffracter les développements en distinguant l'activité de vente de véhicules automobiles qui fait toujours l'objet d'un régime renforcé (section 1) de l'activité d'après-vente qui bénéficie du régime général (section 2).

correspondants ou de leurs substituts sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués l'année civile précédente ».

SECTION 1

UNE LIBÉRALISATION RENFORCÉE EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION DE VÉHICULES NEUFS

98.- Le multimarquisme n'est pas une disposition isolée destinée à elle seule à accroître la concurrence intermarques. Le règlement n°1400/2002 a tenté d'accroître cette concurrence en interdisant les clauses de localisation.

Il reconnaît ainsi aux distributeurs la faculté d'essaimer des points de vente là où dans le marché commun la distribution sélective est appliquée. Cette mesure, un temps considérée comme destinée à accroître la concurrence intramarques, est au contraire destinée à faciliter le multimarquisme. Les groupes de concessionnaires étant de plus en plus économiquement puissants, il est fréquent qu'un même groupe détienne des concessions de marques différentes. La faculté d'essaimage va alors favoriser la création d'un point de vente de la marque X dans une concession de marque Y sans avoir à demander un agrément auprès de la tête de réseau.

Deux mesures phares du règlement n°1400/2002 se répondent donc. D'une part, le multimarquisme met en situation les concessionnaires pour distribuer plusieurs marques (§1). D'autre part, la faculté d'essaimage favorise la distribution multimarque (§ 2).

§ 1. Une concurrence intermarques renforcée par le multimarquisme

99.- De distributeurs monomarques assurant la distribution des véhicules la Commission européenne a souhaité faire des distributeurs multimarques spécialistes de la vente. Ainsi, le distributeur de véhicules doit être libre de distribuer les produits de la marque qu'il souhaite. Cette utopie s'est traduite dans le règlement n°1400/2002 par deux mesures. La clause de multimarquisme (II) a été accompagnée par la cassure du lien unissant traditionnellement vente et après-vente (I).

I. La spécialisation dans la vente et/ou l'après-vente

100.- Le dispositif de l'article 4. 1, g) du règlement n°1400/2002 donne aux distributeurs automobiles le choix de cumuler ou non les activités relatives à la vente et à l'après-vente (A). Toutefois, le distributeur de biens (véhicules et/ou pièces de rechange) peut décider afin de satisfaire ses clients de sous-traiter les services de réparation (B).

A. La cassure du lien entre vente et après-vente

101.- Les distributeurs de véhicules automobiles neufs ne sont pas obligés d'assurer des services de réparation et d'entretien[343]. Les constructeurs ne peuvent donc pas imposer à leurs concessionnaires d'assurer la distribution de véhicules neufs et l'après-vente de la marque. Ils ne peuvent pas non plus empêcher ce cumul[344]. Le choix de cumuler ou non les activités appartiendrait désormais aux distributeurs eux-mêmes. La Commission considère que ce réaménagement du lien entre la vente et l'après-vente « *permettra aux concessionnaires de se spécialiser dans la distribution de véhicules, ce qui peut constituer*

[343] Article 4. 1, g) et considérant (21) du règlement 1400/2002 ; pt. n°71 des lignes directrices pour le secteur automobile du 28 mai 2010. À noter que dans le régime de 2010, ce n'est plus une restriction caractérisée comme cela l'était dans le règlement 1400/2002, mais un simple développement dans les lignes directrices.

[344] Le règlement n°1400/2002 traite comme une restriction caractérisée *« la restriction de la capacité du réparateur agréé de limiter ses activités à la fourniture de services de réparation et d'entretien et à la distribution de pièces de rechange* » (Article 4. 1, h). L'application des principes de la distribution sélective qualitative suffit cependant à atteindre le même résultat étant donné que l'obligation pour les réparateurs de distribuer des véhicules ne constitue pas un critère de sélection purement qualitatif (Rapport d'évaluation du règlement n°1400/2002, p. 9).

une option particulièrement attractive pour les concessionnaires qui souhaitent vendre des véhicules de différents constructeurs »[345].

Or la vente est l'activité la moins lucrative et pour rééquilibrer leurs comptes les concessionnaires améliorent leur rentabilité à travers les activités de service, de vente de pièces de rechange, de financement et de revente de voitures d'occasion. La spécialisation dans la vente a donc été très peu pratiquée dans les faits puisque les distributeurs possédaient déjà les capacités structurelles pour intervenir sur le marché secondaire[346]. Au mieux, quelques anciens concessionnaires ont poursuivi leurs activités dans l'après-vente en tant que réparateurs agréés afin de ne pas avoir à investir pour la mise en conformité des critères sélectifs. À l'inverse n'ont pas postulé au statut de réparateur officiel agréé de marque les membres des organisations de réparateurs indépendants ou de chaînes de franchisés de réparation rapide.

Toutefois, une exception à la dissociation de la vente et de l'après-vente est prévue par les lignes directrices pour le secteur automobile du 28 mai 2010. Un fournisseur souhaitant intégrer un nouveau marché géographique peut éprouver des difficultés à attirer des distributeurs acceptant de réaliser les investissements nécessaires saufs à ce que ces derniers soient protégés de la concurrence de réparateurs agréés « autonomes » qui chercheraient à détourner ces investissements initiaux à leur profit. Dans cette optique conserver un lien entre la vente et l'après-vente pour une période limitée aurait un effet favorable sur la concurrence en permettant le lancement d'une nouvelle marque. Cela « *n'aurait pas d'incidence sur le marché potentiel de réparation de véhicules automobiles de la marque déterminée, qui n'existerait de toute façon pas si les véhicules automobiles ne pouvaient être vendus. Les accords en question auraient pas conséquent peu de chances d'entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité* »[347].

Au demeurant, les concessionnaires ne désirant plus assurer en interne les services d'après-vente, mais qui souhaitent continuer à les proposer à leurs clients pour des raisons commerciales, peuvent recourir à la sous-traitance.

[345] Brochure explicative, p. 57.

[346] Rapp. d'évaluation du règlement n°1400/2002, p. 6.

[347] Lignes directrices pour le secteur automobile, pt. n°71.

B. La sous-traitance de l'après-vente

102.- Les distributeurs peuvent choisir de sous-traiter l'après-vente, y compris les interventions sous garantie, le service gratuit et le rappel des véhicules, à un ou plusieurs réparateurs agréés du réseau du constructeur. Il peut s'agir d'un autre distributeur/réparateur intégré ou d'un simple atelier de réparation agréé.

Les concessionnaires sous-traitaient déjà certaines de leurs opérations à d'autres réparateurs de la marque ou à des réparateurs indépendants, mais c'était une relation invisible pour le consommateur, car la responsabilité restait sur le concessionnaire.

Désormais le consommateur doit en être averti. Effectivement, cette faculté de sous-traiter se fait « *sans préjudice de la capacité du fournisseur d'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* »[348]. De plus, afin de ne pas faire être discriminatoire, cette obligation d'information du consommateur ne peut être imposée qu'à condition que des obligations similaires soient imposées aux distributeurs dont l'atelier de réparation ne se trouve pas sur le même site que leur point de vente »[349].

Du reste, les différentes possibilités offertes au distributeur quant au choix d'assurer ou non la vente et l'après-vente n'ont d'autre but que de compléter les clauses de multimarquisme de manière à favoriser l'apparition de spécialistes multimarques de la vente et/ou de l'après-vente.

II. Le recours facilité du distributeur au multimarquisme

103.- La Commission européenne a souhaité, depuis 1995, accroître la concurrence intermarques par le recours généralisé au multimarquisme. Celui-ci doit permettre à un même concessionnaire de distribuer plusieurs marques concurrentes.

[348] Article 4. g) du règlement 1400/2002.

[349] *Ibid.*

Par conséquent, il est opportun d'étudier dans un premier temps quelles sont les conditions d'exemption que le règlement n°1400/2 002 pose relativement au multimarquisme dans la distribution de véhicules neufs. L'étude de la mise en œuvre de la clause de multimarquisme (A) laissera alors place à la mise en perspective de ce texte (B).

A. La mise en œuvre du multimarquisme

104.- Afin que l'accord de distribution conclu entre un constructeur automobile et ses distributeurs bénéficie de l'exemption par catégorie résultant du règlement n°1400/2002, certaines conditions doivent être respectées. Ces conditions sont, pour ce qui est du multimarquisme, négatives, c'est-à-dire que l'accord ne doit pas contenir certaines restrictions de concurrence énoncées par l'article 5 du règlement n°1400/2002.

Il faut définir alors dans un premier temps ce que la Commission entend par multimarquisme (1) avant d'étudier dans un second temps comment celui-ci doit être mis en œuvre (2).

1. Le principe du multimarquisme

105.- Le multimarquisme, apport principal du règlement 2795/1995, a été repris dans le règlement n°1400/2002 à l'article 5, 1, a). Celui-ci prive d'exemption « *toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence* » qui serait stipulée à la charge d'un distributeur de véhicules automobiles ou de pièces détachées ou à la charge d'un réparateur. Cet article a pour objet de favoriser la représentation de plusieurs marques par un même distributeur. Il est complété par l'article 5, 1 ,b et c. qui prive d'exemption « *toute obligation directe ou indirecte limitant la capacité d'un réparateur agréé de fournir des services de réparation et d'entretien pour les véhicules de fournisseurs concurrents* »[350] et « *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*

[350] La Commission estime que « dans de nombreux cas, la prestation de services de réparation et d'entretien pour la voiture d'une marque n'est pas en concurrence avec la prestation de ces services pour une autre marque, de sorte que les dispositions générales de l'article 5. 1, a,) ne suffisaient pas à sanctionner de telles pratiques.

réparation et d'entretien pour les véhicules automobiles de fournisseurs concurrents déterminés »[351].

Il faut rapprocher ces articles de la définition donnée de l'obligation de non-concurrence dans l'article 1, 1, b). Il s'agit de « *toute obligation directe ou indirecte empêchant l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 30 % de ses achats totaux de biens contractuels, de biens ou de services correspondants ou de leurs substituts sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués l'année civile précédente* ».

Ainsi, le dispositif est verrouillé, la faculté de multimarquisme est assurée. Un distributeur dont l'approvisionnement serait commandé à hauteur de 30 % par un fournisseur aurait la possibilité de distribuer trois marques. Le monomarquisme ne peut donc être appliqué que s'il est véritablement désiré par le distributeur et non imposé par la tête du réseau[352]. De même, cette interdiction des obligations de non-concurrence s'étend aux obligations limitant la capacité du distributeur d'exercer son activité de distribution ou de réparation après la fin du contrat[353].

Le multimarquisme est donc la conséquence de l'interdiction des clauses de non-concurrence et donc de monomarquisme. Son application est alors encadrée de manière à ce que les constructeurs n'imposent pas à leur cocontractant des conditions d'application rendant sa mise œuvre économiquement impossible.

2. L'application du multimarquisme

106.- Le fournisseur ne peut imposer que plus de 30 % de l'activité du distributeur ou du réparateur soit consacrée à sa marque de façon à ce que chaque concessionnaire puisse commercialiser au minimum trois marques différentes[354]. Aussi, le constructeur doit proposer les mêmes marges et les mêmes primes à tous les concessionnaires, qu'ils commercialisent

[351] Cette mesure a pour objet de protéger les concessionnaires de clauses organisant le boycott d'une marque particulière.

[352] Brochure explicative, question n°13, p. 34.

[353] Article 5. 1, d) du règlement 1400/2002.

[354] Brochure explicative, question n°13, p. 34.

une seule ou plusieurs marques[355]. Toutefois, ceci est à nuancer. Toute remise de fidélité n'est pas anticoncurrentielle. D'autres facteurs doivent être pris en compte[356]. Un excès de suspicion laisserait alors penser qu'un concessionnaire monomarque serait discrètement et indirectement influencé par le constructeur alors qu'un concessionnaire peut légitimement se consacrer à la distribution d'une seule gamme de véhicules[357].

Afin de protéger davantage encore la faculté de représenter plusieurs marques, un constructeur ne peut exiger du concessionnaire ou réparateur qu'il lui communique les « *données spécifiques concernant les ventes ... de véhicules d'autres marques « car » d'autres fournisseurs pourraient s'opposer à ce que leurs véhicules soient vendus par un concessionnaire ou réparés par un réparateur soumis à un tel examen minutieux* »[358].

Cependant, n'est pas une obligation de non-concurrence « *l'obligation faite au distributeur de vendre les véhicules automobiles d'autres fournisseurs dans des zones de vente séparées à l'intérieur de la salle d'exposition afin d'éviter toute confusion entre les marques* »[359]. La notion de zone de vente séparée est alors précisée par la Commission[360] qui n'exempte pas, par exemple, l'obligation d'avoir une cloison, un rideau ou une distance minimale entre les véhicules de chaque marque ou encore l'obligation d'avoir une entrée séparée pour les clients pour chaque marque[361].

Certaines exigences posées par le constructeur sont également admises à condition qu'elles ne soient pas accompagnées de clauses d'exclusivité d'utilisation en fonction des marques (par exemple une salle d'attente, des toilettes ou des parkings réservés à une marque)[362]. De même, « *l'obligation faite au distributeur d'employer du personnel de vente spécifique pour chaque marque de véhicules automobiles est considérée comme une obligation de non-concurrence aux fins du présent règlement, à moins que le distributeur ne*

---

[355] Brochure explicative, question n°50, p. 56

[356] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42) : sur ces facteurs, personnalisation par client, montant élevé de la remise, nombre important des seuils de déclenchement, calcul sur une gamme variée de produits, réduction appliquée sur l'ensemble du CA réalisé avec le client, période de référence relativement longue, etc. ; en application de l'article 102 TFUE, v. CJCE, 16 déc. 1975, *SUIKER UNIE* c/ Commission ; CJCE, 13 févr. 1979, *HOFFMANN-LA ROCHE*. CJCE, 9 nov. 1983, *MICHELIN* c/ Commission. TPICE, 30 sept. 2003, *MICHELIN* / Commission ; CJCE, 15 mars 2007, *BRITISH AIRWAYS* c/ Commission, pt. n°68, approuvant TPICE, 17 déc. 2003, *BRITISH AIRWAYS*.

[357] Brochure explicative, question n°13, p. 34.

[358] « Questions fréquemment posées », question n°19, p. 11.

[359] Article 1. 1, b) du règlement 1400/2002.

[360] Brochure explicative, question n°51, p. 56.

[361] *Ibid.*, Question n°52, p. 57.

[362] Brochure explicative, Question n°5, p. 3.

décide d'employer du personnel spécifique pour chaque marque et que le fournisseur ne prenne en charge financièrement tous les coûts additionnels en résultant »[363].

Également, le fournisseur peut imposer au distributeur d'exposer la totalité de la gamme de voitures en vente sauf « *si elle rend impossible ou excessivement difficile la vente ou l'exposition de véhicules produits par des entreprises non liées* »[364]. Par conséquent, « *si la salle d'exposition du concessionnaire n'est pas assez grande pour permettre d'exposer la gamme complète des modèles ou utiliser tous les éléments de décoration que le concessionnaire monomarque doit normalement mettre en place, le fournisseur est tenu de modérer ses exigences en matière de surface d'exposition nécessaire* »[365]. La solution est sans aucun doute identique lorsque le distributeur souhaite représenter une nouvelle marque alors qu'il en représente déjà une. Le constructeur de cette dernière doit alors adapter les exigences du contrat chronologiquement antérieur.

Cependant, le distributeur sélectionné peut être tenu de ne pas commercialiser des produits qui affecteraient l'image de marque des produits du fournisseur ; exigence d'« environnement de marque », qui peut aller jusqu'à imposer la présence d'autres marques notoires[366]. Peut-on penser alors qu'un constructeur Porsche peut imposer à ses distributeurs de ne vendre que des marques de véhicules très hauts de gamme de types Jaguar, Ferrari… et lui interdire de distribuer des marques plus classiques (Peugeot, BMW…). Il semble que oui, bien que ces marques ne puissent être nommées[367].

107.- Au demeurant, certains constructeurs ne font guère d'efforts pour satisfaire les conditions du multimarquisme. Les associations de concessionnaires et de réparateurs ont à ce titre porté plainte contre *BMW et GENERAL MOTORS*[368]. Ces constructeurs limitaient l'utilisation du matériel du distributeur et demandaient en cas de distributeur multimarque des équipements différenciés ainsi que les outils de gestion.

---

[363] Article 1. 1, b) du règlement 1400/2002.

[364] *Ibid.*, Considérant n°(27).

[365] Brochure explicative, question n°49, p. 56 ; pour une application du droit national dans un autre secteur ayant le même type d'effet: V. Cass. Com., 6 déc. 2005, *ROQUEFORT*. Le Conseil de la concurrence (n°04-D-13 du 8 avril 2004) avait notamment relevé que « *Le nombre de références de roquefort de la marque SOCIÉTÉ chez CASINO implique l'exclusivité du seul fait de la limite de la place disponible dans les linéaires* », pt. n°50.

[366] Comm. CE, 16 déc. 1985, *VILLEROY ET BOCH* ; Comm. CE, 16 déc. 1991, *YVES SAINT-LAURENT PARFUMS*.

[367] Règlement n°330/2010, article 5. c).

[368] Comm. CE, communiqué 13 mars 2006 : *Cont. conc. consom.,* Juill. 2006 p. 23. Obs. M. MALAURIE-VIGNAL

Suite à la plainte, ils ont accepté l'utilisation conjointe de tous les équipements mis à part de la salle d'exposition utilisée pour la vente de leurs marques. Les systèmes de gestion et les infrastructures informatiques peuvent être communs, de même que les sites internet. « *Il peut également y avoir coexistence des signes distinctifs des marques à l'intérieur et à l'extérieur du magasin. GENERAL MOTORS s'est engagé à modifier les clauses prévoyant que les objectifs imposés aux concessionnaires étaient exclusivement fonction de leurs marques, ce qui conduit à placer les distributeurs multimarques en situation défavorable. Les objectifs de vente sont désormais fixés d'un commun accord avec les concessionnaires en tenant compte des conditions du marché local et des circonstances propres à chaque concessionnaire. Le risque est celui d'un traitement discriminatoire des distributeurs* ».

D'un point de vue théorique, le multimarquisme est porteur de gains concurrentiels. Pourtant, ses effets réels sur le marché et sur les réseaux obligent à nuancer ces propos.

B. La mise en perspective du multimarquisme

108.- -L'intérêt du multimarquisme est double, dans un premier temps il permet au concessionnaire de diversifier ses fournisseurs et donc d'être moins dépendant de chacun d'eux. Et dans un second temps, il permet au consommateur de réaliser un choix plus réfléchi en ce qu'il permet de représenter plus de marques, notamment dans les régions où la densité de la population est faible.

Pourtant, la Commission remet en cause dans son rapport d'évaluation du règlement n°1400/2002 les mesures relatives au multimarquisme[369]. Cette forme de distribution « *est utilisée dans des circonstances identiques à celles qui prévalaient avant l'adoption du règlement d'exemption par catégorie, par exemple dans des régions à faible densité de population, ainsi que pour certaines marques aux résultats médiocres, et lorsque l'ajout d'une marque concurrente devient, par voie de conséquence, une nécessité pour permettre aux concessionnaires et à la marque en question de rester sur le marché* ».

Par ailleurs, l'encouragement au multimarquisme a favorisé l'augmentation de la difficulté de satisfaction des critères de sélection et donc l'« *augmentation globale des coûts*

[369] J. VOGEL, « Quel avenir juridique pour la distribution automobile ? », *RLDA* déc. 2008, n°33, p. 55. Sur le rapport d'évaluation ; C. BOURGEON, « Observations sur le rapport d'évaluation de la commission sur le règlement n°1400/2002 d'exemption », *RLDA* déc. 2008, n°33, p. 59.

de distribution »[370]. C'est donc une mesure contre-productive. Constatant cela, la Commission européenne a décidé de supprimer ces mesures spécifiques à l'automobile. Dés le 1er juin 2013, c'est le régime général des restrictions verticales qui s'appliquera au secteur, organisant ainsi un régime favorable au monomarquisme.

109.- En effet, l'intérêt du multimarquisme n'est pas certain dans une société où les consommateurs sont surinformés par internet et sur lequel ils peuvent déjà faire des comparaisons précises de produits et de prix notamment par les sites officiels des constructeurs. Le multimarquisme peut cependant s'avérer économiquement performant pour certaines petites marques ou pour des marques nouvelles sur le marché (Subaru, Saab, Daewoo, Kia) qui peuvent ainsi profiter du réseau de vente d'autres marques déjà bien implantées. Les concessionnaires situés dans une zone de faible concurrence peuvent également être intéressés[371]. Une autre forme de multimarquisme s'illustre par la création de zones commerciales destinées aux concessionnaires automobiles. Sur ces « villages automobiles », le consommateur a ainsi sur un même lieu la possibilité de comparer les modèles et les prix[372].

110.- Toutefois, cette évaluation défavorable du multimarquisme dans le règlement n°1400/2002 s'explique peut-être par l'entrée en vigueur tardive, au 1er octobre 2005, de la clause d'essaimage. Le rapport d'évaluation date de 2008, tous les effets du règlement n'ont alors peut-être pas été pris en compte. En effet, l'association de ces deux dispositions devait permettre à terme aux groupes de concessionnaires qui distribuent plusieurs marques de créer

[370] Rapp. d'évaluation du règlement n°1400/2002, p. 5 ; CECRA (Conseil Européen du Commerce et de la Réparation Automobile), « Le règlement 1400/2002 est en faveur du consommateur ! », Oct. 2008, accessible sur le site *www.cecra.fr*. Le Concept Blue Box de PEUGEOT illustre cette envie de monomarquisme. En imposant des locaux et des façades de bâtiments aux couleurs de la marque, le constructeur affirme l'identité de la marque, ce qui rend plus difficile la mise en place de locaux multimarques.

[371] Il faut relever qu'il existe plusieurs vérités relatives à ce sujet. Chaque pays a des habitudes de consommation différente et cela JOUE beaucoup. Par exemple, les Allemands sont très fidèles à leur concessionnaire, s'il leur propose de nouvelles marques ils leur feront confiance. En Italie le multimarquisme est plutôt pressenti dans les régions à faible densité de population. C'est d'autant plus intéressant pour les marques importées qui sont nombreuses (Plus de 70 % des véhicules sont importés en Italie). Cependant dans l'après-vente, étant donné que les Italiens aiment leur indépendance, imaginer le multimarquisme dans le secteur de la réparation semble plus difficile à mettre en œuvre : UBIFRANCE, « Perspectives de la distribution automobile en Allemagne, au Royaume-Uni, et en Italie », *www.ubifrance.fr,* 2004.

[372] AUTOMEILE est un de ces projets dont le but est de permettre de comparer facilement les différentes marques et les prix des véhicules en regroupant plusieurs marques en un même endroit situé non loin du centre-ville de Düsseldorf. La même chose existe en Italie avec le projet Car Village du groupe Fassina avec 9 marques automobiles et un magasin proposant plusieurs gammes de pièces détachées, et ce, en périphérie de Milan.

dans chaque concession un point de livraison pour une marque qui n'y était jusque-là pas représentée.

§ 2. Une concurrence intermarques favorisée par la clause d'essaimage

111.- Une lecture hâtée du règlement n°1400/2002 laisse penser que la clause d'essaimage entrée en vigueur le 1er octobre 2005 a pour objectif de favoriser la concurrence intramarques en permettant par exemple à un concessionnaire Peugeot d'installer un point de livraison à proximité de la concession d'un distributeur Peugeot concurrent. Il était prévisible que cette faculté serait mise en œuvre de façon très marginale.

Au contraire, l'intérêt de la faculté d'essaimer est à chercher dans le traitement de la concurrence intermarques. Cette option offerte aux concessionnaires n'a de sens que dans la situation où un groupe de concessionnaires détient différentes concessions de marques différentes. Des points de livraison Renault peuvent ainsi être facilement ouverts dans des concessions Fiat sans pour autant avoir à remplir les critères qualitatifs d'un véritable point de vente.

Il faut par conséquent analyser comment se fait la mise en œuvre de la faculté d'essaimage (I) avant de mettre les effets de celle-ci en perspective (II).

I. La mise en œuvre de la faculté d'essaimer

112.- La faculté d'essaimage résulte d'un principe original posé par le règlement d'exemption 1400/2002. L'étude suppose d'étudier alors cette spécificité du régime automobile (A) avant d'étudier quelles obligations sont attachées à la création des points de livraison (B).

A. Le principe de l'essaimage

113.- Depuis le 1er octobre 2005, « *lorsque le fournisseur a recours à un système de distribution sélective et qu'un distributeur ou un réparateur est agréé, les restrictions relatives à leur liberté d'installation ne bénéficient pas de l'exemption* »[373]. Ainsi, la Commission souhaite « *promouvoir la concurrence intramarques et l'intégration du marché dans le marché commun, ouvrir des perspectives nouvelles pour les distributeurs et les réparateurs agréés qui souhaitent profiter des opportunités commerciales en dehors de leur lieu d'établissement, et (...) créer les conditions qui permettent le développement de distributeurs multimarques* »[374]. S'agissant spécialement des contrats conclus avec les distributeurs de véhicules neufs, le règlement refuse l'exemption à « *toute obligation directe ou indirecte faite dans un système de distribution sélective à tout distributeur de voitures particulières ou de véhicules utilitaires légers, qui restreint sa capacité d'établir des points de vente ou de livraison supplémentaires là où dans le marché commun la distribution sélective est d'application* »[375]. Cependant,t cette faculté d'essaimage ne permet pas au distributeur ou au réparateur de fermer son point de vente initial et de ne conserver que ses points de vente supplémentaires. Le fournisseur garde ainsi un pouvoir de contrôle de la répartition géographique de son réseau[376].

Cette faculté d'essaimage est spécifique au règlement n°1400/2002 qui déroge ainsi au règlement général d'exemption qui admet dans un système sélectif « *la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé*[377] ». Ce dispositif n'a de sens que dans un système de distribution sélective. Il ne s'applique pas dans un système de distribution exclusive dans lequel la faculté d'essaimage n'aurait aucun sens. Encore qu'en cas de sélection quantitative la faculté constitue également un contre-sens. Le constructeur a le droit d'invoquer un numerus clausus pour limiter le nombre de ses distributeurs, mais ne peut pas ensuite leur interdire d'essaimer des points de livraison partout en Europe.

---

[373] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42) ; v. également D. FERRÉ, « Distribution automobile : La Commission européenne met fin à l'exemption automatique des « clauses de localisation » dans les contrats de distribution automobile », *concurrences*, 2005, n° 4.

[374] Considérant n°(29) du règlement 1400/2002.

[375] Article 5. 2, b) du règlement 1400/2002.

[376] Brochure explicative, question n°56, p. 50.

[377] Article 4, c) du règlement 2790/1999.

D'ailleurs, afin de limiter cet essaimage, le constructeur peut-il imposer des critères qualitatifs spécifiques aux points de livraison rendant plus difficile le déploiement du concessionnaire sur le territoire?

B. Les critères qualitatifs des points de livraison

114.- La faculté d'essaimage est confortée par une obligation relative aux exigences posées par le fournisseur relativement à ces points de livraison. Ainsi, « *un fournisseur ne peut pas (...) exiger qu'un point de livraison occupe le même nombre d'employés qu'une salle d'exposition, car cela constituerait une restriction indirecte des ventes actives et un moyen indirect de réintroduire une clause de localisation* »[378].

Il peut cependant exiger que ces points respectent les critères applicables aux établissements similaires de la même zone géographique[379]. Les distributeurs ne pourront donc pas jouer sur les différences de critères pour exercer une concurrence parasitaire[380].

Une problématique subsiste. Comment contrôler qu'un point de livraison ne devienne un point de vente ? En effet, « *Un fournisseur ne saurait empêcher le concessionnaire d'installer des panneaux publicitaires dans un point de livraison ou de mettre à disposition des brochures sur les véhicules ou les services que la concession propose* »[381]. Il semble que cela relève d'un contrôle que le constructeur devra opérer tout le long de la vie du contrat de distribution.

De même, l'œuvre de la Commission européenne risquait de favoriser encore une fois l'augmentation de la difficulté de satisfaction des critères de sélection afin de limiter l'essaimage des distributeurs déjà sélectionnés. Cette considération suppose alors d'apprécier la clause d'essaimage au regard de la pratique des réseaux.

---

[378] Brochure explicative, Question n°54.

[379] Considérant n°(29) du règlement 1400/2002.

[380] *Op. cit.,* (v. note 276).

[381] *Ibid*., question n°53. V. également CA Paris, 2 déc. 2009, *SARL AUTO c/ SAS JAGUAR LAND ROVER FRANCE*, concurrences, 2010, n° 2, p. 94, N. ERESEO, « Essaimage : la Cour d'appel de Paris estime qu'un constructeur automobile ne peut être tenu pour responsable de l'exercice par un de ses distributeurs de la faculté d'essaimage offerte par le règlement n°1400/2002 ».

II. La mise en perspective de la faculté d'essaimer

115.- Avec la clause d'essaimage, la Commission a voulu créer un mécanisme intégrateur de marchés. Il est le suivant : les écarts de taxation engendrent un phénomène important de distorsion des prix TTC et hors taxes, car la TVA est acquittée dans le pays de résidence de l'acheteur du véhicule. Ainsi, les prix hors taxes des voitures neuves dans un pays comme le Danemark, où les taxes écologiques sont lourdes, sont plus faibles afin que les consommateurs ne soient pas pénalisés.

Par exemple, le prix de vente d'un véhicule neuf est de 7 à 8 % plus élevé en Allemagne qu'en France. L'Allemagne possède un écart de prix de plus de 20 % par rapport au prix le plus bas de la zone euro pour 36 modèles[382].

La faculté d'essaimage permettrait alors aux distributeurs d'acheter des véhicules hors taxes dans les pays ou ils sont le moins chers pour les distribuer ensuite dans d'autres pays moins avantageux. Ensuite, la toile tissée à partir d'un nombre très limité de pays de l'UE permettrait une homogénéisation des prix. Il est cependant fort probable que les prix seraient alignés sur les prix les plus élevés pratiqués en Europe. Reste ensuite à la concurrence intermarques et intramarques de les tirer vers le bas. Les pays où se concentreraient les groupes de distributeurs deviendraient alors des plaques tournantes de la distribution automobile en Europe.

Ceci étant, si l'harmonisation des taux de TVA par la Commission européenne devait se faire, les flux transnationaux de l'offre et de la demande ne constitueraient plus un avantage pour le consommateur. Dès lors, ils ne devraient leur survie qu'aux tarifs avantageux décidés par les constructeurs pour compenser les niveaux de vie inférieurs. En cela, le règlement n°1400/2002 est en rupture avec les anciens règlements, car il utilise les deux points faibles du secteur pour atteindre ses objectifs (concentration croissante au niveau des distributeurs et écarts de prix).

Au demeurant, l'harmonisation des taux de TVA n'est actuellement pas souhaitable. Les écarts de prix entre les différents marchés nationaux sont le moteur de l'européanisation voulue par la Commission. Une telle harmonisation aurait au contraire anéanti la possibilité d'émergence du marché européen de l'automobile. Ce sont les disparités des prix qui justifient l'internationalisation des échanges. C'est donc habilement que le règlement n°1400/2002 reforme la distribution afin de fondre les marchés nationaux en un marché unique.

[382] UBIFRANCE (Rédaction), *op. cit.* (v. note 371).

Un phénomène supplémentaire est cependant à craindre. La faculté d'essaimage va essentiellement favoriser les distributeurs économiquement puissants. Aussi la concentration horizontale des concessionnaires risque de s'accélérer au détriment de la concurrence et donc du consommateur[383].

116.- Cependant, tout ceci relève de l'utopie. Il est extrêmement difficile de deviner comment se comporteront les différents acteurs du secteur automobile. Aussi les effets réels de la faculté d'essaimer divergent des effets attendus.

Après plusieurs décennies de coopération constructeur/concessionnaire, ces derniers ne vont pas s'opposer de front à ceux qui les font vivre. Il n'est pas évident pour un groupe de distributeur de s'implanter à l'étranger et d'être en opposition avec son partenaire économique, le constructeur.

Les solutions aujourd'hui mises en œuvre par les distributeurs sont davantage nationales. Il semble que la stratégie en vogue chez les petits concessionnaires allemands soit plutôt de se regrouper pour toutes les activités annexes : achats, comptabilité… De nombreux grossistes et réparateurs indépendants créent en Italie des coopératives ou consortiums qui visent à concentrer les achats et réaliser des économies d'échelle. Ces centrales ont pour intérêt d'assurer d'autres taches telles que la livraison à délai réduit ou la gestion financière. Il peut également s'agir de recueillir des informations sur les marchés et la réglementation ou d'offrir une assistance technique et des formations aux adhérents[384]. Confortant l'analyse, il faut relever que la Commission estime aujourd'hui que la faculté d'essaimage a été peu pratiquée dans les faits[385].

Cette faculté d'essaimer des points de livraison est une originalité du règlement 1400/2002 qui a vocation à disparaître en 2013, lorsque la distribution de véhicules neufs sera soumise au régime général du règlement 330/2010. Ce règlement s'applique d'ores et déjà à la distribution de pièces de rechange et de services de réparation.

[383] C. BOURGEON, *op. cit.* (v. note n°86).

[384] UBIFRANCE (Rédaction), *op. cit*. (v. note 371).

[385] Rapp. d'évaluation du règlement n°1400/2002, p. 6.

SECTION 2

LA LIBÉRALISATION RENFORCÉE DE LA CONCURRENCE INTERMARQUES EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION DE PIÈCES DE RECHANGE ET DE SERVICES DE RÉPARATION

117.- Constatant que les dispositions du règlement n°1400/2002 avaient été peu relayées par la pratique des réseaux d'après-vente automobile[386], la Commission européenne a renoncé à contraindre de manière excessive les opérateurs en cause. Elle a donc mis fin, le 1er juin 2010 à plusieurs dérogations réglementaires théoriquement essentielles à l'accroissement de la concurrence intermarques. Bien que ce nouveau régime soit général et qu'il ne tienne pas compte de la configuration particulière du secteur automobile, l'exhaustivité de l'étude suppose toutefois d'étudier les clauses de multimarquisme (§1) et les clauses d'essaimage (§2).

§1. L'assouplissement des clauses de multimarquisme

118.- Jusqu'au 31 mai 2010, le règlement n°1400/2002 régissait le régime des accords de distribution de pièces de rechange et de services de réparation en matière automobile. Souhaitant favoriser l'approvisionnement des distributeurs et réparateurs agréés auprès de multiples équipementiers, ce texte disposait que le constructeur automobile ne pouvait imposer aux membres de son réseau de s'approvisionner auprès de lui pour une part supérieure à 30 % de leurs besoins annuels. Cette disposition créait un régime dérogatoire au droit commun, le régime général alors en vigueur (règlement n°2790/1999) prévoyant un seuil de 80 % et non de 30 %.

Constatant l'inutilité de cette disposition[387], la Commission européenne a fait marche arrière avec le règlement n°461/2010 qui ne dispose plus cette spécificité. C'est donc le régime général résultant du règlement n°330/2010 qui s'applique. Ce régime permet à un

[386] Rapp. d'évaluation du règlement n°1400/2002.

[387] *Ibid.*

constructeur de bénéficier d'une exemption pour les clauses d'achat minimal (I) et pour certaines clauses de non-concurrence[388] (II).

I. Le régime des clauses d'achat minimal

119.- Le règlement n°330/2010 définit ce qu'est une clause de non-concurrence. Il s'agit d'une clause d'achat minimal supérieure à 80 %. A contrario, n'est pas une clause de non-concurrence une obligation d'achat minimal inférieure ou égale à 80 %. Ce type de clause est alors exempté sous réserve que ni le constructeur ni le distributeur ne détiennent plus de 30 % du marché en cause[389].

Toutefois, des limites à ces clauses sont indiquées par le considérant n°(37) des lignes directrices du secteur automobile[390]. « *Les parties doivent examiner si, à la lumière des circonstances de fait à prendre en considération, l'obligation imposée à un distributeur de veiller à ce qu'un pourcentage donné de ses achats totaux de véhicules automobiles porte la marque du fournisseur empêchera le distributeur de vendre une ou plusieurs marques concurrentes supplémentaires* ». Ainsi, une obligation d'achat minimum peut être qualifiée d'obligation de monomarquisme si elle oblige « *un distributeur qui souhaite acquérir une nouvelle marque de son choix auprès d'un fabricant concurrent à acheter tant de véhicules automobiles de la première marque que son activité commerciale en devient économiquement non viable* »[391]. Est susceptible de recevoir une qualification identique une obligation forçant « *un fournisseur concurrent à scinder son volume de ventes escompté sur un territoire donné entre plusieurs distributeurs, ce qui aurait pour effet de dédoubler les investissements et de fragmenter la présence commerciale* ».

Une clause d'achat minimal ne doit donc pas permettre de restreindre la concurrence à un point qui engendrerait sa requalification en clause de non-concurrence.

---

[388] Article 1. 1. d) du règlement 330/2010.

[389] *Ibid*., article 3. 1.

[390] Lignes directrices du règlement 461/2010, pt. n°37.

[391] Les lignes directrices donnent sur ce point une illustration. « *Si un concessionnaire achète chaque année, par exemple, 100 voitures de la marque A pour satisfaire la demande, et souhaite acheter 100 voitures de la marque B, une obligation d'achat minimum fixée à 80 % pour la marque A signifierait que, l'année suivante, le concessionnaire devrait acheter 160 voitures de la marque A. Vu que les taux de pénétration sont susceptibles de rester relativement stables, cette obligation risque de laisser le concessionnaire avec un stock important de voitures invendues de la marque A. Il serait alors forcé de diminuer considérablement ses achats de la marque B pour éviter d'en arriver à une telle situation. Selon les circonstances du cas d'espèce, une telle pratique peut être qualifiée d'obligation de monomarquisme* ».

II. Le régime des clauses de non-concurrence

120.- Le règlement n°330/2010 définit l'obligation de non-concurrence comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels et en biens et services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente* »[392].

À la définition de l'obligation de non-concurrence[393], doit alors être confrontée l'article 5. 1. a) du règlement n°330/2010 qui dispose que l'exemption n'est pas applicable à « *toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans* ».

L'articulation de ces deux dispositions exempte en conséquence les obligations de non-concurrence (entendues comme obligation d'achat minimal supérieure à 80 %) dès lors que celles-ci ont une durée déterminée de cinq ans au maximum[394]. D'ailleurs, l'article 5. in fine dispose qu'« *une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée* ».

Pour ainsi dire, les distributeurs ne peuvent pas se voir imposer l'achat par le constructeur de pièces d'une marque particulière sur plus de 80 % des pièces qu'ils commercialisent ou emploient lors des prestations d'entretien et de réparation[395]. Et si la part est supérieure à 80 %, cette obligation d'approvisionnement exclusif doit être limitée à cinq ans sous peine de constituer une restriction exclue[396]. Ces mesures favorisent donc la

[392] Article 1. 1. d) du règlement 330/2010.

[393] La définition de l'obligation de non-concurrence doit être précisée. Le pt. n°32 des lignes directrices du règlement 461/2010 énoncent que sont assimilables à une obligation de non-concurrence tous les moyens indirects de non-concurrence qui prennent la forme de primes subordonnées à l'acception de vendre en exclusivité une marque, de remises ciblées…

[394] Lignes directrices du règlement 461/2010, pt. n°26.

[395] Brochure explicative du règlement 1400/2002, question n°79, p. 68.

[396] À la différence d'une restriction caractérisée, qui fait perdre le bénéfice de l'exemption à l'accord dans son ensemble, la qualification de restriction exclue implique que l'exemption ne s'applique pas à la clause en question. Le reste de l'accord bénéficie toujours de l'exemption : Pts ° 71 et n°72 des lignes directrices du règlement 330/2010.

concurrence intermarques en permettant au distributeur ou au réparateur agréé de s'approvisionner auprès de plusieurs équipementiers. Toutefois, cette possibilité offerte aux opérateurs agréés de l'après-vente est bien moins libérale que ne l'était le règlement n°1400/2002 qui faisait d'un multimarquisme fort le vecteur principal de la concurrence intermarques. Elle vise à permettre aux distributeurs de s'approvisionner auprès de plusieurs fournisseurs tout en garantissant à la tête du réseau de ne pas souffrir de parasitisme. Un tel problème existe lorsqu'un fournisseur profite des investissements déjà réalisés par un autre fournisseur, notamment en matière de formation ou de locaux commerciaux[397].

De même, le monomarquisme engendré par les clauses de non-concurrence accentue l'image de marque des réseaux agréés en imposant une uniformité esthétique et qualitative aux distributeurs[398], ce qui est favorable à l'attraction de la clientèle.

Aussi, la Commission européenne a finalement renoncé à contraindre de manière excessive les réseaux de distribution, constatant que ni le constructeur ni le distributeur n'abondaient dans son sens. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'elle n'impose plus au contrat les clauses d'essaimage.

§2. La suppression des clauses d'essaimage

121.- L'article 4. c) du règlement n°330/2010 qualifie de restriction caractérisée la clause d'un accord de distribution sélective qui restreindrait la faculté du distributeur de vendre au détail de manière active ou passive les biens et les services contractuels aux utilisateurs finaux[399].

Toutefois, cela n'englobe pas la clause de localisation permettant d'interdire au distributeur de vendre à partir d'un établissement non autorisé. L'essaimage de points de livraison, tel que c'est encore possible en matière de distribution de véhicules, peut être interdit en matière d'après-vente.

En revanche, comme c'était le cas dans le régime du règlement n°1400/2002, constitue une restriction caractérisée la clause d'un accord de distribution sélective qui restreint la

[397] Lignes directrices pour le secteur automobile, pt. n°29.

[398] *Ibid*., pt. n°30.

[399] La notion d'utilisateur final comprend les sociétés de crédit bail et les intermédiaires à la vente : pts. n°51 et 52 des lignes directrices pour le secteur automobile.

possibilité de procéder à des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur du système de distribution, y compris entre distributeurs opérant à des stades différents du commerce[400].

[400] Article 4. d) du règlement n°330/2010.

CONCLUSION CHAPITRE 2

122.- L'étude de ce second chapitre a fait ressortir les particularités du traitement de la concurrence intermarques par les règlements automobiles. Si des mesures dérogatoires existent en matière de vente de véhicules neufs, le régime applicable à l'activité d'après-vente n'en traite pas.

Ce régime dérogatoire est justifié par la conjoncture économique particulière du secteur automobile et par la configuration de ses réseaux. Pourtant, ces dérogations au régime général des exclusivités n'ont pas eu les effets escomptés sur les structures de réseau. Le multimarquisme a été peu pratiqué en dehors des zones rurales et la faculté d'essaimage n'a pratiquement pas été utilisée. De même, la cassure du lien entre vente et après-vente n'a pas été spécialement bénéfique pour la concurrence.

Au contraire, depuis 2002, un phénomène de concentration verticale est observé et résulte des contraintes posées par le règlement spécifique. Les constructeurs automobiles se remettent à distribuer eux-mêmes (ou par l'intermédiaire de filiales commerciales) les véhicules[401] destinés aux particuliers[402]. Cette méthode permet de faire disparaître l'accord vertical conclu avec le concessionnaire et permet de se désengager de la réglementation européenne[403]. La concurrence intermarques s'en trouve alors affaiblie.

[401] Naturellement, en France ce sont les constructeurs français qui détiennent le plus grand nombre de filiales ou succursales. En 2006 : RENAULT 63 filiales ; PEUGEOT 55 filiales ; CITROËN 98 filiales. Source *LJA*.

[402] La distribution par le constructeur existe cependant depuis longtemps en ce qui concerne la vente de flottes aux grandes entreprises, aux administrations, aux loueurs de voitures… Selon les pays, la proportion de véhicules vendus aux entreprises diffère grandement, notamment en raison des habitudes de consommation. En Italie la part des véhicules vendue par les concessionnaires est de 75 %. Les 25 autres points sont destinés à la clientèle formée d'entreprises (société de location et de grandes entreprises). Au Royaume-Uni, la moitié des véhicules est destinée aux concessionnaires agréés, l'autre moitié est destinée à la clientèle des sociétés de leasing et des sociétés de location ou aux grandes entreprises. La distribution en direct prend donc une part très importante de la vente de véhicules neufs, mais essentiellement pour la vente en gros aux administrations et entreprises. En revanche, la part des ventes de véhicules neufs à des particuliers réaliséés par les concessionnaires affiliés est de 95 % en Allemagne et les petits et moyens concessionnaires assurent 92 % de ces ventes : UBIFRANCE, *op. cit.* (v. note 371).

[403] Les filiales sont essentiellement présentes dans les grandes agglomérations où une expansion du marché est encore possible. Le reste du territoire est principalement couvert par les concessionnaires. Ces filiales sont très soutenues par les constructeurs et créent une concurrence forte pour les concessionnaires voisins. Ainsi, les ventes des filiales sont largement supérieures à celles d'un concessionnaire classique. Par exemple, PEUGEOT Hambourg vend 2000 à 3000 véhicules neufs contre 200 à 500 véhicules pour un concessionnaire PEUGEOT classique : UBIFRANCE, *op. cit.* (v. note 371).

Ce phénomène sera peut-être enrayé par la réintégration, sous le régime général d'exemption résultant du règlement 330/2010, dès le 1er juin 2013, de l'activité de distribution de véhicules. Ce régime général des restrictions verticales est beaucoup plus indulgent avec les obligations restreignant la concurrence intermarques (monomarquisme, essaimage) que ne l'est le régime automobile. L'intérêt des constructeurs automobiles pour la concentration verticale des réseaux sera par conséquent moindre. Ainsi, ce retour sous l'empire du règlement général reconnaît l'inutilité d'un traitement spécifique de la concurrence intermarques en matière automobile, comme cela l'avait été relevé dans le chapitre 1 en matière de concurrence intramarques.

CONCLUSION TITRE 1

123.- Le titre 1 de cette étude a permis de soulever la relative inutilité de l'approche conjoncturelle du secteur automobile pour ce qui est du traitement original de la concurrence intermarques et intramarques. Trop de mesures sont restées sans intérêt pratique. Le multimarquisme, l'essaimage, les livraisons croisées…n'ont pas eu les effets escomptés.

La Commission européenne l'a compris et a amorcé le processus de réintégration sous le régime général. Ce processus, débuté le 1er juin 2010 se terminera le 31 mai 2013 lorsque la distribution de véhicules neufs sera régie par le règlement n°330/2010.

Ainsi, il faut s'attendre à ce que le seuil de 40 % de parts de marché commandant le recours à la distribution sélective quantitative soit abaissé à 30 %, tel que le prévoit le régime général. Cela aurait des conséquences fortes sur les constructeurs dépassant ces seuils – en France seuls PSA et Renault les dépassent – puisqu'ils se verraient obligés de sélectionner tous les distributeurs satisfaisant les critères qualitatifs.

Ce n'est pourtant pas ce qui ressort des lignes directrices pour le secteur automobile accompagnant le règlement 461/2010. Celles-ci précisent que « *s'agissant des spécificités de la distribution de véhicules automobiles neufs, la distribution sélective quantitative remplira généralement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité, si la part de marché des parties n'excède pas 40 %* »[404]. La réintégration du régime de la distribution de véhicules neufs dans le régime général des restrictions verticales est par conséquent un leurre faisant croire à une simplification du droit. Le seuil de 40 % de parts de marché continuera de s'appliquer, marquant ainsi l'intérêt porté par la commission à la faculté des distributeurs d'avoir une entreprise viable, ce qui suppose qu'ils ne soient pas trop nombreux sur le marché.

Effectivement, l'application du seuil uniforme du règlement 330/2010 obligerait les grands constructeurs détenant plus de 30 % de parts de parts de marché à exclure de la sélection des concessionnaires les critères quantitatifs et à sélectionner tous les distributeurs satisfaisant les critères qualitatifs. Cela aurait pour effet de surpeupler ces derniers, ne leur permettant alors pas d'avoir une activité économique suffisante.

[404] Considérant (56) des lignes directrices du règlement 461/2010.

124.- Dans ces conditions, la réintégration du régime automobile dans le régime général le 1er juin 2013 n'est pas un mal, l'ajustement du traitement général des restrictions verticales à la distribution automobile ne constituant pas un apport important du régime automobile actuellement en vigueur.

Peut-être faut-il alors rechercher un intérêt à l'approche conjoncturelle du secteur sur un autre plan que celui du strict droit de la concurrence. En effet, le régime automobile comporte une originalité majeure qui est la volonté de protéger activement le concessionnaire en ajoutant au droit des contrats une strate d'obligations supplémentaire. Il y a véritablement dans ce régime civil du contrat de distribution une spécificité du secteur automobile justifiant l'existence d'un règlement spécifique.

TITRE 2

LE RÉÉQUILIBRAGE DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

125.- Durant une période de dictature contractuelle initiée par le règlement 67/67[405], confirmée par les règlements 1983/83[406] et 1984/83[407] qui l'ont remplacé, la Commission s'est installée dans une politique de la concurrence autoritaire laissant une marge de manœuvre minimale aux contractants. Les règlements 4087/88 [408] sur la franchise et les règlements 123/1985[409] et 1475/1995[410] sur la distribution automobile en sont l'illustration. Ces deux derniers textes permettaient à la Commission d'avoir la main mise sur le secteur, un contrat type était imposé aux opérateurs, tout écart de conduite était réprimé par la perte de l'exemption.

Remettant en question ses pratiques, la Commission a dénoncé sa politique à la fin des années 1990 dans un livre vert sur les restrictions verticales[411]. Un renouveau est alors apparu avec le règlement de 1999[412]. La Commission a mis fin à l'autorité absolue qu'elle avait sur les contrats en modifiant le fondement de sa politique de la concurrence, passant d'une

[405] Règlement n°67/67 du 22 mars 1967, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'exclusivité, JO n°057 du 25/03/1967, p.849.

[406] Règlement n°1983/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, JO n°L 281 du 13/10/1983, p.24.

[407] Règlement n°1984/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, JO n°L 281 du 13/10/1983, p.25.

[408] Règlement n°4087/88 du 30 nov. 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, JO n°L 359 du 28/12/1988, p.46.

[409] Règlement n°123/1985 du 12 déc. 1984, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et de services de vente et d'après vente de véhicules automobiles, JO 1985 1 15, p.16.

[410] Règlement n°1475/1995 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, JO n°L145 du 29/06/1995, p.25.

[411] Livre vert sur les restrictions verticales du 22 janv. 1997 préparant l'adoption du règlement général n°2790/1999 du 22 déc. 1999.

[412] Règlement n°2790/1999 du 22 déc. 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO n°L 336 du 29/12/1999, p.21.

politique centrée sur le droit à une politique centrée sur l'analyse économique. Mais, il en reste cependant des traces.

En cela, le règlement n°1400/2002 s'inscrit en rupture avec la politique d'exemption des règlements de « *nouvelle génération* » puisqu'il impose au contrat des conditions positives[413] lesquelles, si elles ne figurent pas dans l'accord, l'empêchent de bénéficier de l'exemption automatique. Jusqu'au 1er juin 2013, ces dispositions sont applicables à la distribution de véhicules automobiles. Ensuite, elles seront abrogées et le règlement général d'exemption n°330/2010 s'appliquera à la matière. Il organisera un recentrage de l'exemption des accords de distribution automobile sur les règles générales, supprimant ainsi la protection contractuelle des concessionnaires automobiles.

D'ici là, le texte actuellement en vigueur fait de certaines clauses des conditions de l'exemption alors qu'elles n'ont pas pour objet direct de protéger la concurrence, mais de protéger les concurrents. La Commission ne se limite donc pas à la régulation des clauses susceptibles de restreindre la concurrence en établissant lesquelles sont exemptées, lesquelles ne le sont pas, lesquelles font perdre à l'accord le bénéfice de l'exemption ou encore quelles clauses ne peuvent être associées (par exemple la clause d'approvisionnement exclusif associé à la distribution sélective). En cela, on peut reprocher à la Commission de sortir de sa sphère de compétences. À ce propos, certains auteurs affirment que *« ces dispositions n'ont absolument pas leur place dans un règlement d'exemption »*[414].

126.- Ce régime civil du contrat de distribution poursuit la volonté de la Commission d'équilibrer le contrat de distribution automobile dans lequel l'état de dépendance du distributeur est d'autant plus fort que pendant longtemps les constructeurs étaient très puissants face à des distributeurs de petites tailles[415]. La libre concurrence suppose un équilibre optimal entre les opérateurs du marché et donc entre les cocontractants. Cet équilibre a pour avantage de favoriser la circulation du savoir et de permettre le développement économique des contractants hors du contrat. Pourtant, il n'est pas naturel ni absolu. En matière de distribution, les relations entre fournisseur et distributeur sont fondées

[413] V. L. VOGEL et J. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°42) ; J.-P. VIENNOIS, *op. cit.* (v. note n°42) ; D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42).

[414] L. VOGEL,« Faux débats et vraies questions à propos du nouveau règlement sur la distribution automobile », *JCP éd. E* 2002, *Cah. dr. ent. n*°5, p. 15.

[415] Cette dépendance existe toujours, mais les distributeurs ont grossi et on acquit ainsi un plus gros poids économique face à la tête du réseau.

pour l'essentiel sur la dépendance des seconds envers les premiers[416]. Un équilibre parfait, absolu, risquerait alors de neutraliser le processus économique de distribution. Il faut au contraire rechercher un équilibre relatif, autrement qualifiable de déséquilibre idéal assurant la juste adéquation entre concurrence et protection des investissements. En effet, pour certains, le déséquilibre est un *« pilier »* du contrat de distribution[417]. Le rééquilibrage que l'on désire ne doit pas mettre fin de façon absolue au déséquilibre, il ne faut pas priver le contrat de ses « *utilités* ». Cela doit surtout favoriser la participation active des distributeurs au mécanisme concurrentiel en leur permettant de s'engager dans de nouvelles stratégies de développement.

Dès lors, le rétablissement de l'équilibre contractuel dans ce secteur suppose de dégager le distributeur de la pression excessive du constructeur. Pour ce faire, outre la proposition d'extension de la directive 86/653/CEE relative aux agents commerciaux à l'ensemble des distributeurs indépendants[418], la Commission européenne a érigé des règles spécifiques permettant au droit de la concurrence de s'infiltrer dans le droit des contrats et d'y ajouter des obligations[419]. L'opposition entre ces deux droits n'est donc pas toujours évidente dès lors qu'ils ont des préoccupations identiques, la protection de la partie faible, même si c'est en considération de finalités distinctes[420].

Pourtant, la difficulté de concilier droit des contrats et droit de la concurrence tient à la cohésion de la logique économique avec la logique contractuelle. Le fondement de l'action communautaire est l'intégration des marchés nationaux en un marché unique. Aussi, l'harmonisation bouleverse la cohérence des droits internes dès lors qu'elle se fait en fonction des résultats à atteindre et sans réformer profondément et de manière cohérente le corps de règles.

127.- Un accord de courte durée facilement résiliable a pour effet d'accroître la dépendance économique du concessionnaire. Au contraire*, « il ressort de l'expérience de la Commission qu'un cadre contractuel stable permet de répercuter les avantages de la*

[416] G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986.

[417] L. BOY, « Les « utilités » du contrat », *P. Aff.*, 10 sept.1997, p. 3.

[418] Ch. BOURGEON, A. VAN EECKHOUT et M. HUHTAMAKI, « Protection contractuelle des distributeurs, Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil », *RDC* 2008, n°3, p. 949.

[419] Pour une étude générale de l'articulation du droit commun et du droit de la concurrence v. L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Conc. consom*. mai-juin 2000, n°115, p. 6.

[420] Sur l'articulation du droit de la concurrence et du droit commun : *Ibid.*

distribution et les réductions de coûts sur le consommateur »[421]. Les modalités d'exécution du contrat de distribution doivent par conséquent être encadrées afin qu'elles ne soient pas le siège d'un déséquilibre anticoncurrentiel.

De même, les relations contractuelles figées forment des barrières à l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents[422]. Les distributeurs étant des entreprises indépendantes, le constructeur ne doit pas pouvoir les empêcher d'agir de façon autonome sur le marché. Aussi, permettre au concessionnaire de céder lorsqu'il le souhaite son entreprise à un autre membre de son réseau lui assure la libre disposition de son entreprise tout en favorisant la concentration de groupes de concessionnaires économiquement importants.

La Commission estime, par conséquent, que la réglementation de ces questions contractuelles donne aux concessionnaires l'indépendance nécessaire pour agir d'une manière procompétitive. Il s'agira alors de dire si l'infiltration du régime automobile dans le droit des contrats est cohérente avec la logique contractuelle ou si elle a pour effet de dérégler cette dernière en multipliant les exceptions. Le droit de la concurrence s'attache aux effets du contrat susceptibles d'être anticoncurrentiels. C'est là privilégier une analyse finaliste du droit tandis que le droit des contrats s'intéresse davantage à la formation et à la détermination du contenu du contrat.

L'étude distinguera alors deux types de stipulations du règlement 1400/2002 favorisant l'équilibre dans la relation contractuelle constructeur/distributeur. Un premier type encadre les modalités d'exécution du contrat (Chapitre 1). Et un second type encadre la liberté du concessionnaire de transmettre le contrat de distribution à un tiers (Chapitre 2).

[421] Brochure explicative, question n°8.

[422] L. VOGEL et J. VOGEL, « Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », *Cont. conc. cons*., août-sept. 1991, p.1.

CHAPITRE 1

LE RÉÉQUILIBRAGE À TRAVERS LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DU CONTRAT

128.- Bien que toute mesure de protectionnisme contractuel ait été bannie du règlement général d'exemption, le règlement 1400/2002 s'en écarte. En sécurisant ainsi la position des distributeurs, la Commission européenne leur permet de prospérer. Beaucoup ont critiqué ce protectionnisme soulignant que l'on protégeait davantage les concurrents que la concurrence[423]. Or c'est en assurant au distributeur une position contractuelle stable qu'il peut se permettre de développer les possibilités d'extensions offertes par le règlement n°1400/2002. Pour ce faire, le texte a imposé dans le contrat de distribution des stipulations destinées à prévenir les abus dans l'exécution du contrat. Ont à ce titre été intégrées des clauses limitant le pouvoir de pression du constructeur sur le distributeur, conférant à ce dernier l'assurance de conserver son autonomie de comportement sur le marché.

La Commission européenne s'est alors attachée à fixer des minimas à respecter quant à la durée et l'extinction du contrat (Section 1). De la même manière, et dans l'esprit d'assurer le concessionnaire dans les litiges l'opposant au constructeur, l'exécutif européen a fait de la clause compromissoire une clause récurrente dans les accords de distribution automobile (Section 2).

[423] Notamment L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°414).

SECTION 1

L'ENCADREMENT DE LA DURÉE ET DE L'EXTINCTION DU CONTRAT

129.- Le constructeur automobile qui serait en position de pouvoir, à la moindre incartade de son distributeur, le sanctionner par la réalisation du contrat les liant, ou qui pourrait maintenir ce dernier sous pression en ne lui assurant pas que leur relation s'inscrira dans une certaine durée lui permettant d'amortir ses investissements commerciaux, ne permettrait pas au distributeur d'agir de manière autonome sur le marché. Cela serait alors fortement préjudiciable à la concurrence qui s'accommode mal des situations figées. S'assurant que cela n'arrive pas, la Commission européenne a en conséquence encadré la durée du contrat (§1) ainsi que les conditions de son extinction (§2).

§1. L'encadrement de la durée du contrat de distribution automobile

130.- La Commission européenne a souhaité stabiliser les relations constructeur/équipementier en imposant que les accords de distribution automobile soient de deux types. L'article 3.5 du règlement n°1400/2002 dispose que « *l'exemption s'applique à condition que l'accord vertical conclu par le fournisseur de véhicules automobiles neufs avec un distributeur ou un réparateur agréé prévoie (...) que l'accord est conclu pour au moins cinq ans (...) ou que l'accord est à durée indéterminée* »[424]. La Commission précise d'ailleurs qu'un accord d'une durée déterminée de cinq années, mais qui autorise chaque partie à résilier au cours du contrat et en l'absence d'inexécution d'une obligation essentielle constitue un accord d'une durée déterminée de moins de cinq ans[425].

Le choix imposé aux constructeurs automobiles de choisir entre deux formes contractuelles crée un déséquilibre entre les distributeurs d'une même marque. En effet, une forme étant plus avantageuse en terme de sécurité juridique et de stabilité contractuelle que l'autre, il est surprenant qu'un texte proconcurrentiel crée une telle inégalité de traitement.

[424] Article 3. 5, du règlement 1400/2002.

[425] Brochure explicative, question n°67, p. 63.

Cette inégalité n'est toutefois que théorique, la pratique n'ayant pas profité de cette brèche dans la protection des concurrents.

131.- Ces mesures du règlement n°1400/2002 sont en désaccord avec celles du règlement n°2790/1999 qui disposait des conditions d'exemption inverses. L'accord ne doit pas être conclu pour une durée indéterminée et ne saurait être conclu pour une durée déterminée supérieure à 5 ans[426]. Cela démontre bien que les rapports particuliers entre fournisseurs et distributeurs du secteur automobile justifient des règles particulières.

Cette dualité de CDD et CDI modifie les conditions dans lesquelles la fin du contrat intervient. Alors que le CDI doit comporter une obligation de préavis de deux années avec motivation des motifs de la résiliation, le CDD comporte une obligation d'information de l'intention de ne pas renouveler le contrat qui doit être communiquée seulement six mois avant le terme. De plus, le non-renouvellement d'un CDD ne constitue pas une résiliation donc l'obligation de motivation ne s'applique pas.

Cette juxtaposition de contrats crée un déséquilibre en terme de concurrence, car si le contrat à durée indéterminée est un instrument de stabilité pour le constructeur et le concessionnaire, le contrat à durée déterminée est quant à lui porteur de précarité et est un instrument de pression du constructeur sur le concessionnaire.

Dans ces conditions le règlement n°1400/2002 n'optimise pas la concurrence à son maximum. D'un côté, il y a le CDI qui prône la stabilité de par la durée du préavis et la motivation de la résiliation, et de l'autre côté il y a le CDD qui entretient l'état de dépendance du distributeur et qui conduit à une certaine instabilité des relations. Il ne semble pas en réalité y avoir de justification convaincante, la Commission est restée sur un statu quo dans ce domaine entre le règlement 1475/1995 qui imposait déjà cette dualité de contrat et le règlement n°1400/2002, qui, sur ce point, ne peut se prévaloir d'être aboutit.

Or toute la politique concurrentielle de la Commission repose dans le règlement 1400-02 sur une plus grande autonomie des distributeurs et par la même sur une croissance de leur puissance face aux fournisseurs. Il faut paraît-il laisser aux distributeurs la possibilité de s'engager dans des politiques personnelles de développement. Comment se faire lorsque celui-ci se voit proposer des contrats de cinq ans qu'il n'est pas sûr de poursuivre par la suite. Le CDD n'est donc pas du tout en adéquation avec cette politique, car il ne permet pas de soustraire le distributeur à la domination du constructeur. Au contraire, en tant qu'instrument

[426] Article 5. a) du règlement n°2790/1999.

de pression il permet au constructeur de contrôler la politique du distributeur en ne renouvelant que les contrats de ceux qui adhérent à sa politique ou en ne proposant des CDI qu'à ceux-ci.

Toutefois, les constructeurs n'ont pas profité de cette inégalité de traitement des concessionnaires.

132.- Il apparaît deux phénomènes inattendus, d'une part les constructeurs n'ont pas recouru en masse au CDD tel que l'on pouvait s'y attendre. Le CDI est en effet un outil stable et moins coûteux qu'un CDD qu'il faut renégocier tous les cinq ans. Une entreprise doit avant tout prendre en compte le coût et l'amortissement de ce qu'elle envisage de faire. Or la stabilité des relations entre un fournisseur et son distributeur est la clef de cet amortissement. Modifier les contrats, les renouveler, changer de distributeur, tout cela coûte cher et les fournisseurs n'ont aucun intérêt à engager ces frais. D'autre part, dans les cas où les constructeurs ont recouru au CDD, on s'aperçoit que c'est une politique d'ensemble sur un réseau et que, à l'image de Peugeot par exemple, la tendance est d'utiliser un type de contrat pour un réseau, en l'espèce le CDD en Allemagne et le CDI en France[427]. Rien n'empêche d'ailleurs d'utiliser le CDD pour le contrat organisant la vente et le CDI pour les contrats organisant l'après-vente, le lien entre les deux activités n'existant plus[428]. Il ressort donc que la dualité de formes contractuelles n'a aucun effet sensible sur la concurrence.

133.- La Commission relève cependant dans son rapport d'évaluation[429] les effets potentiellement néfastes de ces mesures destinées à stabiliser dans le temps les accords. Mesures opportunes si l'on considère seulement que de lourds investissements commerciaux nécessitent une durée longue d'amortissement et donc du contrat[430]. En effet, « *les accords de longue durée peuvent en réalité s'avérer plus restrictifs de concurrence (...). Ils peuvent notamment empêcher les constructeurs de substituer aux concessionnaires obtenant des*

[427] Source *LJA*.

[428] Le règlement n°1400/2002 traite comme une restriction caractérisée *« la restriction de la capacité du réparateur agréé de limiter ses activités à la fourniture de services de réparation et d'entretien et à la distribution de pièces de rechange »* : article 4. 1, h).

[429] C. BOURGEON, *op. cit.* (v. note n°369) ; J. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°369).

[430] C. BOURGEON et A. VAN. EECKHOUT, « La prise en compte des investissements dans la résiliation abusive des contrats de distribution », *RDC* 2004, n°4, p. 1107 ; Y. PETEL-TEYSSIER, *Les durées d'efficacité du contrat*, th. Montpellier, 1994, n°430 ; M. MEKKI et G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », *RDC* janv. 2010, p. 347.

résultats médiocres de nouveaux entrants plus efficaces, et retarder l'introduction de nouveaux contrats répondant à l'évolution du marché »[431].

Ainsi, il n'est pas souhaitable que cette dualité soit maintenue, d'ailleurs, elles disparaîtront le 31 mai 2013 lorsque le règlement 330/2010 deviendra applicable à la distribution de véhicules neufs. En attendant, les constructeurs automobiles doivent respecter ces mesures liées à la durée du contrat, ainsi que d'autres, liées à l'extinction du contrat de distribution automobile.

§2. L'encadrement de l'extinction du contrat de distribution automobile

134.- L'évaluation du règlement 1475/1995 a démontré que l'intégration des marchés européens de la distribution automobile n'a pas atteint les objectifs que la Commission espérait. Elle a donc décidé dans le règlement n°1400/2002 de confier un rôle plus important aux distributeurs dans l'européanisation des marchés. C'est à cette fin que la Commission a doté le règlement de dispositions qui assurent une protection plus efficace du concessionnaire.

En effet, le schéma classique de la rupture du contrat de distribution est l'arrivée du terme du contrat à durée déterminée, qui correspond au respect de la volonté commune[432], ou la volonté de rompre du concédant lorsque le contrat est à durée indéterminée[433], qui correspond à la prohibition des engagements perpétuels[434]. Les concessionnaires sont alors démunis face à cela dès lors que les modalités convenues dans le contrat sont respectées. *« Le contrat de concession à durée indéterminée peut être rompu à tout moment* »[435] de même que « *le non-renouvellement du contrat par le concédant constitue l'exercice d'un droit*

[431] Rapport d'évaluation du règlement 1400/2002, p. 12, disponible sur le site Europa.

[432] J. AZEMA*, La durée des contrats successifs*, th. LGDJ, 1969, n°180.

[433] B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973, p. 113.

[434] P. MORVAN, « L'hypothèse des contrats perpétuels en droit commercial », *P. Aff.*, n°34, 19 mars 1993, p. 12.

[435] Cass. Com., 26 janv. 1976 ; Cass. Com. 5 oct. 2004, Sté *ROVER FRANCE* c/ *MARINHO*, *Juris. auto.* 2004, p. 687; *Cont. conc. consom*., n°1, janv. 2005, note L. LEVENEUR *;* « Le contrôle du refus d'agrément d'un nouveau concessionnaire et de la résiliation consécutive du contrat de concession », *JCP éd. E*, n°15-16, 14 av. 2005, p. 669, note M. CHAGNY ; *D.* 2005, chron. p. 2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2005, p.127 et p.128, obs. J. MESTRE et B. FAGES; *RTD com.* 2005, p.407, obs. B. BOULOC ; *RDC* 2005, n°2, p.384, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS; *concurrences*, 2005, n° 1, D. FERRÉ, « Distribution automobile - Refus d'agrément : La Cour de cassation considère que le concédant est libre dans l'organisation de son réseau et dans le choix de ses concessionnaires (Rover France) ».

contractuel »[436]. En effet, le concédant n'est pas tenu de poursuivre une relation contractuelle avec le concessionnaire[437]. Pourtant cette rupture ou non-renouvellement du contrat de distribution obéit à des règles dont il faut surveiller l'exécution (I).

Par ailleurs, cette problématique relative aux conditions de validité de la rupture des contrats de distribution automobile renvoie à une seconde problématique relative aux effets de cette rupture sur l'environnement contractuel (II).

I. Les conditions de validité de la rupture du contrat

135.- « *Afin d'empêcher un fournisseur de résilier un accord parce qu'un distributeur ou un réparateur a un comportement favorisant la concurrence (...), la notification de la résiliation doit en indiquer par écrit les raisons, qui doivent être objectives et transparentes*[438]*. De surcroît, afin de renforcer l'indépendance des distributeurs et des réparateurs à l'égard de leurs fournisseurs, il convient de prévoir des périodes minimales de préavis en cas de non-renouvellement des accords à durée déterminée et pour la résiliation des accords à durée indéterminée* »[439]. Pour ce qui est des CDD, « *chaque partie doit s'engager à notifier à l'autre partie au moins six mois à l'avance son intention de ne pas renouveler l'accord* »[440]. Pour ce qui est des CDI, « *le délai de résiliation ordinaire de l'accord doit être d'au moins deux ans pour les deux parties* ». Ce délai est ramené à un an en cas de réorganisation du réseau ou lorsqu'une indemnité est contractuellement prévue[441].

En fin de compte, le règlement n°1400/2002 permet le contrôle de la faute et l'abus de droit et laisse le fournisseur en liberté surveillée. Ainsi, la rupture du contrat obéit à des

---

[436] Cass. Com. 21 oct. 1970, *JCP éd. G* 1971, II, 16798, note J. HEMARD ; Cass. Com. 25 avril 2000, *D.* 2001. somm. 3227, obs. D. MAZEAUD.

[437] J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUF Aix 1997, p.13 s.

[438] Le fait d'imposer l'obligation d'information en cas de non-renouvellement du contrat s'inscrit dans la même veine que la loi du 1er juill. 1996 relative à la loyauté et à l'équilibre des relations commerciales : L. VOGEL et J. VOGEL, « Les rapports producteurs / distributeurs : un nouvel équilibre ? (réforme du droit français de la concurrence par la loi du 1er juill. 1996) », *D. Aff.* 1996, p. 938.

[439] Considérant n°(9) du règlement 1400/2002.

[440] *Ibid.,* Article 3. 5, a).

[441] *Ibid.,* Article 3. 5, b) ; D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004, n°2, p. 558 ; M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, n°2, p. 573 ; T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, n°2, p. 579 ; L. AYNES, « Motivation et justification », *RDC* 2004, n°2, avr. 04, p. 555.

conditions de validité dont la source se trouve tant dans le droit des contrats que dans le droit de la concurrence[442].

À cet égard, deux fondements existent lorsque le distributeur mécontent souhaite poursuivre son concédant. Soit la rupture du contrat constitue une faute (A) soit elle constitue un abus (B).

A. La rupture du contrat ou son non-renouvellement est fautif.

136.- C'est le cas lorsque les stipulations contractuelles ou les usages ne sont pas respectés[443]. Il s'agit de la situation où le concédant ne respecte pas les obligations attachées à la rupture du contrat. Ces obligations ont trait à la motivation de la résiliation (1), à l'indemnisation en cas de rupture abrégée (2), au respect du préavis (3), à l'obligation d'assistance et de conseil durant la phase de préavis (4).

1. L'inexécution de l'obligation de motivation

137.- Si le droit interne ne connaît pas l'obligation de motivation en cas de rupture des contrats à durée indéterminée[444], celle-ci est énoncée en matière automobile à l'article 3. 4, du règlement n°1400/2002[445]. Cela répond alors d'un impératif supérieur de protection[446] lié à la situation de dépendance économique[447] du distributeur. Cette condition empêche un fournisseur de résilier un accord au motif que le distributeur ou le réparateur concerné a un comportement favorisant la concurrence. La preuve en est que seule la partie forte est obligée de motiver la résiliation, c'est-à-dire de notifier la résiliation par écrit en spécifiant les raisons

[442] C. LACHIEZE, « La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP éd. E* 2004, n°50, p. 1967.

[443] G. GOURNAY, « Rupture fautive d'un contrat de distribution et pratiques anticoncurrentielles », *Dr. et pat.*, juin 2003, n°116, p. 65.

[444] Cass. civ. 1re, 5 févr. 1985, v. « Résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *RDC* 2006, n°3, p. 704, D. MAZEAUD, note sous Cass. civ., 1ere, 21 févr. 2006.

[445] *« L'exemption s'applique à condition que l'accord vertical conclu avec un distributeur ou un réparateur prévoie qu'un fournisseur qui souhaite notifier la résiliation d'un accord soit tenu de le faire par écrit en spécifiant les raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation, afin d'éviter qu'un fournisseur ne résilie un accord vertical avec un distributeur ou un réparateur à cause de pratiques qui ne peuvent faire l'objet de restrictions dans le cadre du présent règlement ».* Article 3 et 4 du règlement 1400/2002.

[446] O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, LGDJ, 1999, n°337.

[447] V. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* (v. note n°441).

objectives et transparentes de la décision de résiliation[448]. Dès lors, l'absence de motivation de la rupture du contrat est constitutive d'une faute.

La limite de cette obligation se trouve semble-t-il dans le type d'accord pour lequel l'obligation de motiver la rupture est donnée. Cette obligation ne vise logiquement que les contrats à durée indéterminée, aucune justification [449] n'étant nécessaire au non-renouvellement des CDD[450]. D'ailleurs, la Cour de cassation a pu durant les années 1990 exiger une telle obligation de motivation pour le non-renouvellement des contrats à durée déterminée[451], elle a par un arrêt du 25 avril 2001 retenu le contraire[452].

La jurisprudence civile française considère l'existence d'un principe général autorisant la résiliation unilatérale de tout contrat à durée indéterminée au nom de la prohibition des engagements perpétuels[453]. Ce principe à valeur constitutionnelle depuis 1999[454] permet au contractant de mettre fin à la convention par une manifestation unilatérale de volonté sans justification et sans délai[455]. La jurisprudence relative au droit de la distribution ne reconnaît pas plus cette obligation de motivation de la rupture du contrat. Les contrats de distribution restent soumis au droit commun[456] et la rupture est appréciée a posteriori par le juge qui sanctionne le caractère abusif ou fautif.

---

[448] Th. BENTEYN et P. CARLI, *op. cit.* (v. note n°2), soulignant que les autres versions linguistiques du règlement précisent que les raisons doivent être *« détaillées »*, exigence que le verbe spécifier utilisé dans la version française semble reprendre ; B. MATHIEU, « La rupture du contrat de distributeur dans le nouveau règlement d'exemption automobile », *P. Aff.* n°239, 29 nov. 2002, p. 27.

[449] L. AYNES, *op. cit.* (v. note n°441).

[450] Cass. Com., 2 juill. 2002, *Sté OPEL FRANCE* c/ *SARL AUTOMOBILE FRANCE FINANCE et A*., *D.* 2002, jur. p.93, note D. MAZEAUD ; *RTD com.* 2002, p. 494, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; *RTD civ.* 2002, p. 810, obs. J.MESTRE et B. FAGES ; *Juris. auto.* 2002, p. 561 ; « Le concédant peut choisir un concessionnaire de manière discrétionnaire, mais non arbitraire », *D.* 2003, p. 2426, comm. D. FERRIER; « L'abus de droit commis dans le refus d'agrément à la circulation d'un contrat de distribution », *JCP éd. G*, II, n°6, 5 févr. 2003, 10023, comm. par D. MAINGUY; *RTD com.* 2003, p. 359, obs. B. BOULOC. Le concédant automobile a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix et il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé. Ainsi, il n'a pas à motiver le non-renouvellement d'un contrat : Cass. Com. 7 avr. 1998, *D.* 1998, somm. p. 332, obs. D. FERRIER ; *Cont. conc. consom*. 1998, comm. 118, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO; *Juris. auto.* 1998, p. 420 ; *RTD civ.* 1999, p. 79, obs. J. MESTRE ; après un pourvoi contre CA Nîmes, 25 janv. 1996, *D.* 1997, somm. p. 53, obs. D. FERRIER.

[451] En ce sens, Cass. Com., 5 oct. 1993, *D.* 1995, somm., p. 69, obs. D. FERRIER, *JCP* 1994, II, 22224, obs. Ch. JAMIN, *RTD civ.* 1994, p. 604 ; Cass. Com. 27 oct. 1998, *Juris. auto.* 1999, p. 298 ; *D*. 2000, somm., p. 362, obs. D. MAZEAUD.

[452] Cass. Com. 25 avr. 2001, *D.* 2001, somm., p. 3238, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Juris. auto.* 2002, p. 44.

[453] P. ex. Cass. Civ. 1ère. 11 juin 1996, *cont. conc. consom*. 1996, n°164.

[454] Cons. const., 9 nov. 1999.

[455] Cass. Com. 15 déc. 1969, qui pose cette absence de justification d'un motif légitime.

[456] Pour le contrat de concession: Cass. Com., 7 oct. 1997, *Cont. conc. consom*. 1998, comm. 10, obs. L. VOGEL ; confirmé récemment par Cass. Com. 25 avril 2001.

En droit français, seuls les contrats de travail et les contrats d'intérêt commun sont soumis à une telle obligation de motiver. Or les contrats de distribution intégrée ne sont pas des contrats d'intérêt commun[457]. Un régime bien spécial va donc s'appliquer aux contrats de la distribution automobile, et ce, en contradiction avec l'organisation du droit français.

Il est alors regrettable que des considérations économiques installent dans le droit français une obligation répondant au risque d'un abus de ce droit de rupture. La présomption de bonne foi du fournisseur est remise en jeu. Que le concédant doive justifier de sa bonne foi crée à sa charge une quasi-présomption de culpabilité. La protection de la concurrence est alors fondée sur la situation de dépendance dans laquelle se trouve le distributeur[458]. Or « *il n'est point besoin pour le contrôleur de se référer à la notion de dépendance* »[459]. Il n'est pas judicieux de sortir des considérations de technique contractuelle pour contrôler l'exercice d'un pouvoir[460]. Certains auteurs considèrent que le règlement dépasse ses compétences en créant une obligation relevant normalement des droits nationaux[461].

138.- Quid de ce que l'on justifie. Le respect de l'intérêt commun, le respect de l'équilibre contractuel ou l'opportunité de la décision ? La motivation ne peut servir à justifier la bonne foi du concédant, car ce serait contraire au droit français que de présumer la mauvaise fois.

Elle ne justifie pas non plus l'intérêt commun puisque le contrat de distribution automobile n'est pas d'intérêt commun[462].

De même, l'obligation de motivation ne peut justifier l'opportunité de la décision, car elle serait alors insusceptible d'être contrôlée par le juge. Celui-ci ne doit pas statuer sur l'opportunité des décisions.

---

[457] *Ibid.* V. également Cass. com. 26 mai 2009, *LECHEVIN c/ SOCIÉTÉ HADIMO*, *concurrences*, 2009, n° 3, R. PIHÉRY, « Mandat d'intérêt commun : La Cour de cassation rappelle que le mandat est qualifié d'intérêt commun lorsque mandant et mandataire ont un intérêt partagé au développement de la clientèle (Lechevin) ».

[458] A. PIROVANO et M. SALAH, « L'abus de dépendance économique: une notion subversive », *P. Aff.*, 24 sept. 1990, p. 5; Ch. JAMIN et D.MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

[459] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°441) ; *« il semble préférable de mettre l'accent sur le droit contractuel dont on a abusé plutôt que sur la position de puissance qui a pu être à l'origine de l'abus, mais qui doit demeurer dans le domaine du fait »* ; S. LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, Litec 2002, p.126, n°84 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* (v. note n°441) ; T. REVET, *op. cit.* (v. note 441).

[460] G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, p. 171, n°34.

[461] V. notamment L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°39).

[462] Cass. Com., 7 oct. 1997 ; L'intérêt commun peut alors fonder l'obligation de justifier chaque fois qu'un pouvoir est exercé. Chaque partie recherchant l'intérêt des deux « il semble s'imposer que le titulaire du pouvoir justifie de son exercice légitime »

En définitive, la motivation ne peut servir qu'à justifier le respect de l'équilibre contractuel ou de la concurrence. Or l'équilibre n'est pas l'objectif premier de la politique de la Commission européenne en matière automobile à supposer même qu'il existe dans les contrats de la distribution automobile, le but étant en définitive de protéger la concurrence. Il est regrettable que pour satisfaire les exigences de la Commission européenne il soit créé une obligation contractuelle qui n'est pas la réponse à un droit, mais à son éventuel abus.

139.- Le raisonnement de la Commission européenne est alors peu convaincant et peu cohérent puisqu'elle fortifie le CDI par une obligation de motiver alors qu'elle ne fait rien pour le CDD qui est beaucoup plus sensible face à l'atteinte à la concurrence. Il en résulte « *une distorsion de concurrence entre les opérateurs signataires d'un contrat à durée indéterminée et les autres* »[463]. Il est vrai qu'obliger à motiver le non-renouvellement d'un CDD serait contraire à la liberté de contracter, mais cela ne dérange pas la Commission de transgresser la présomption de bonne foi en obligeant la motivation de la résiliation du CDI.

Outre, l'hypothèse dans laquelle le concédant n'aurait pas motivé la résiliation du contrat, existe l'hypothèse de la faute commise par le concédant qui n'aurait pas indemnisé le concessionnaire lors de la rupture avec préavis abrégé de une année.

[463] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42) ; en ce sens, V. S. CHANTRE, « Quelle place pour le distributeur automobile au lendemain de l'adoption de nouvelles règles communautaires de la concurrence ? », *GERPISA*, 2003 ; C. BOURGEON, « L'impact du règlement automobile sur les structures de la distribution : le point de vue du juriste », *Conc. consom.,* janv.-mars 2005, n°141, p. 16.

2. L'absence d'indemnisation du concessionnaire lors de la rupture avec préavis abrégé d'une année

140.- L'article 3. 5, i) [464] du règlement n°1400/2002 offre une possibilité au concédant de résilier avec un préavis de une année seulement le contrat de distribution en échange d'une indemnité négociée. Aucune règle n'est cependant donnée sur le calcul et le montant de cette indemnité. Dès lors, l'invocation de cet article pour résilier le contrat en utilisant un préavis d'une année sans allouer d'indemnité est constitutive d'une faute. Cette indemnité est la contrepartie du préjudice causé au concessionnaire par la brève durée du préavis, mais ne se confond pas avec une quelconque indemnité de clientèle, inexistante pour un contrat de concession automobile [465]. Il faut donc en déduire que la résiliation est dommageable pour le concessionnaire dès lors qu'elle n'obéit pas à un préavis de deux ans.

Faut-il en conséquence considérer que la résiliation avec un préavis d'une année et indemnité est l'exécution par équivalent de la résiliation sans indemnité, mais avec préavis de deux années[466] ? Cela est probable.

3. L'inexécution de l'obligation de préavis

141.- L'obligation contractuelle de respecter un certain préavis en cas de résiliation d'un contrat de distribution automobile résulte de l'article 3. 5, du règlement d'exemption par catégorie 1400/2002. Ce préavis diffère selon qu'il précède la rupture d'un contrat à durée indéterminée ou bien qu'il précède le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée. Le premier cas nécessite une durée de deux ans tandis que le second suppose une durée de six mois.

Le régime instauré par le règlement est similaire au régime en vigueur en droit français. L'article L.442-6-I, 5 ° du Code de commerce dispose également le respect d'un préavis écrit en cas de rupture « *d'une relation commerciale établie* ». Cette solution a été étendue pour les contrats à durée déterminée qui ont été renouvelés. C'est là la particularité du

[464] « 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 » : article 3. i).

[465] CA Paris, 1er mars 2006, *SAS GENERAL MOTORS* c/ Sté *COROLLER AUTOMOBILES*.

[466] Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2003, p. 54 : « Les dommages-intérêts sont une modalité d'exécution par équivalent de l'obligation demeurée impayée ».

règlement communautaire vis-à-vis du droit commercial français, les contrats de distribution automobile à durée déterminée doivent même s'ils n'ont pas été renouvelés contenir une obligation d'information de l'intention de ne pas renouveler.

Au demeurant, le respect de l'obligation de préavis ne suffit pas à caractériser la bonne foi du constructeur. Il a ainsi été jugé que le concédant a retiré toute marge de manœuvre à son concessionnaire en précipitant la résiliation sans impératif particulier, alors même qu'il s'était acquitté de son préavis contractuel. Les juges ont alors retenu la mauvaise fois du concédant[467]. Par cette décision, les juges renforcent les obligations de ce dernier qui, outre une obligation de préavis et une obligation de motiver, est débiteur d'une obligation de bonne foi dont la teneur est des plus vagues.

Du reste, respecter l'obligation de préavis n'est pas suffisant, faut-il encore respecter l'obligation d'assistance et de conseil à la charge du concédant durant cette période.

4. L'inexécution de l'obligation d'assistance et de conseil durant le préavis

142.- L'imposition de périodes de préavis et de règles relatives à la motivation de la rupture alourdit les obligations à la charge du concédant afin de protéger davantage le concessionnaire. Il est en effet primordial pour la Commission européenne de favoriser ce dernier dans une opération, l'extinction du contrat de distribution, qui pourrait avoir pour conséquence de tuer une entité économique. Dès lors doit-on entendre cette volonté de la Commission comme la pointe du solidarisme qui égratigne l'individualisme du droit de la distribution ?

C'est ce que la jurisprudence a pu laisser croire un temps avec les arrêts des 11 février et 26 mars 1999. Un mouvement jurisprudentiel tendant à accroître l'obligation d'assistance du concédant a pris forme par ce premier arrêt[468]. Dans la même idée de favoriser le concessionnaire est intervenu le second arrêt cité qui permet durant la période de préavis de

[467] CA Paris, 2 oct. 2008, *Sarl AUTO NORMANDIE LOUVIERS* c/ *SA FIAT FRANCE*, *RDC* juill. 2009, p. 972.

[468] CA Paris, 11 mars 1999, *Cah. dr. ent.* 1999, n°2, p. 30, obs. D. MAINGUY; *D.* 1999, IR p.82: *« La création par le constructeur d'un réseau de distribution et l'adhésion des concessionnaires à ce réseau impliquent de la part du constructeur propriétaire du réseau, des obligations d'assistance et de conseil qui ne prennent fin qu'après que les concessionnaires auxquels il n'a pas de reproche à faire aient quitté le réseau et lui imposent par application des articles 1134, al.3 et 1135 c.civ de veiller loyalement à ce que ces concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur participation à l'effort commun »* ; cet arrêt a été cassé par Cass. Com. 27 mars 2001, *Dr. et pat.*, août 2001, p. 108, obs. P. CHAUVEL: le concédant *« avait respecté le préavis contractuel propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion »* et *«il n'était pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion »*.

ne plus subir la clause d'exclusivité afin que le distributeur puisse vendre des produits concurrents et ainsi préparer sa reconversion[469].

La période durant laquelle le préavis s'écoule est une période critique pour le distributeur qui doit se reconvertir. Toutefois, on peut aisément comprendre que l'obligation d'assistance et de conseil qu'a le constructeur envers ses concessionnaires s'exerce pendant la période de préavis jusqu'à l'extinction du contrat, mais qu'elle ne saurait s'entendre comme une obligation d'aide à la reconversion, ce qui dépasse la simple exécution du contrat[470].

De plus, l'aide à la reconversion a été négociée dans le contrat initial puisque c'est également l'objet d'un préavis d'une durée raisonnable. C'est le respect du préavis qui permet au concessionnaire de se reconvertir. Dès lors, le concédant satisfait à ses obligations permettant au concessionnaire de se reconvertir[471]. Cette solution a ensuite été confortée et récemment reprise. « *Il appartient au concessionnaire de mettre à profit le délai de préavis de résiliation, pour organiser lui-même sa reconversion (...) en dehors du respect du préavis, le concédant n'a pas souscrit d'obligation d'assistance au concessionnaire évincé, dans la mise en œuvre de la reconversion* » [472]. Le solidarisme n'a donc pas survécu longtemps et on ne peut voir dans le règlement n°1400/2002 une survivance de celui-ci dès lors que le droit national et le droit communautaire ne suivent pas les mêmes objectifs. Le premier s'inscrit dans une protection du réseau tandis que le second roule vers l'intégration des marchés. Le droit communautaire n'agit alors pas en considération de l'entité économique, mais en considération de l'accroissement de la concurrence. Dans cette optique, on ne peut attribuer à la Commission des vertus solidaristes.

---

[469] CA Paris, 26 mars 1999, *JCP éd. E,* 2000, II, 10244 notes J.-P. CHAZAL : *« étant établi que le concessionnaire aurait pu se voir concéder la distribution de véhicules d'autres marques et que le concédant a opposé un refus de la levée de l'exclusivité à la demande qui lui avait été présentée pendant le délai de préavis de rupture en vue d'une reconversion urgente dont la nécessité était évidente, il en résulte qu'il a fautivement fait perdre au concessionnaire la faible chance qui lui restait de se reconvertir ».*

[470] D. MAZEAUD « Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vu de sa reconversion lors de la rupture du contrat », *D.* 2002, p. 2842 ; E. CHEVRIER « Pas d'aide à la reconversion des concessionnaires déchus ! », *D.* 2002, p.1754. Pour une application récente : CA Paris, 11 janv. 2006, *FORD FRANCE AUTOMOBILES, concurrences*, 2006, n° 2, D. FERRÉ, « Concession automobile - Obligation d'assistance : La Cour d'appel de Paris confirme la jurisprudence selon laquelle un concédant qui respecte le préavis contractuel propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion n'est pas tenu d'une obligation d'assistance à cet égard (Ford France Automobiles) ».

[471] Cass. Com. 6 mai 2002, *Juris. auto.* 2002, p. 356.

[472] CA Paris, 4 juin 2003, *SA FIAT AUTO FRANCE* c/ *GARAG OLIVER* : *« Il appartient au concessionnaire de mettre à profit le délai de préavis de résiliation, pour organiser lui-même sa reconversion et qu'en dehors du respect du préavis, le concédant n'a pas souscrit d'obligation d'assistance au concessionnaire évincé, dans la mise en œuvre de la reconversion ».*

Toutefois, bien que ce soit en considération de la concurrence, la Commission favorise la reconversion du concessionnaire en facilitant la reprise de la concession par une entreprise du réseau. Il en découle que le concédant n'a pas à intervenir dans les relations liant le concessionnaire évincé et le concessionnaire agréé amené à le remplacer. Il ne pourra pas être reproché au concédant le fait de ne pas faciliter les négociations engagées avec l'opérateur appelé à récupérer son territoire et le potentiel commercial qui y était attaché[473].

De même, la Commission soutient les concessionnaires en n'exemptant pas les clauses contraires au multimarquisme, qui en diversifiant les marques distribuées, permet aux concessionnaires de se reconvertir facilement. Le revers de cette absence de devoir de coopération et d'assistance peut cependant s'avérer gênant. Le concessionnaire évincé peut par exemple envoyer en son nom une lettre à tous ses clients, leur indiquant que sa concession ne serait plus de telle marque, mais d'une autre. Il n'y a pas dénigrement dès lors que la marque initiale n'est pas critiquée et le concessionnaire, en espérant que sa clientèle le suivra, profite de l'effort commun résultant du contrat résilié.

Désormais, précisées les hypothèses de rupture fautive du contrat de distribution automobile, il faut à présent étudier la situation dans laquelle la rupture du contrat de distribution est non pas fautive, mais abusive.

B. La rupture du contrat ou les conditions de son non-renouvellement sont abusives.

143.- La rupture du contrat ou les conditions de son non-renouvellement sont abusives lorsque les conditions de la mise en œuvre des stipulations contractuelles ou des usages traduisent la mauvaise fois du concédant[474]. La jurisprudence automobile est sur ce point riche, notamment pour ce qui est de la mise en œuvre de la rupture de contrat pour cause de réorganisation du réseau (1). Mais d'autres aspects de la rupture abusive ont été à l'origine

[473] CA Paris, 21 juin 2006, *GARAGE CHAUVOT et FILS* c/ *VOLVO AUTOMOBILES*. Pour une application récente v. CA Paris, 21 janv. 2010, *LAUDAT c/ GROUPE VOLKSWAGEN FRANCE* et CA Paris, 16 juin 2010, *GROUPE VOLKSWAGEN FRANCE c/ EUROPE GARAGE* : *concurrences*, 2010, n° 3, p. 103, D. FERRIER, « Contrat de concession automobile : La Cour d'appel de Paris estime que la résiliation d'un contrat de concession à durée indéterminée et le refus d'agrément d'un candidat à l'acquisition du fonds de commerce du concessionnaire ne sont pas en eux-mêmes abusifs(Laudat / Groupe Volkswagen France, Groupe Volkswagen France / Europe Garage) ».

[474] V. notamment : L. MION, « L'abus dans le droit des contrats », *Dr. et pat.*, juin 2000, n°83, p. 42 ; C.BOURGEON « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005, n°1, p. 109.

de litiges. Cela explique d'ailleurs que la brochure explicative du règlement n°1400/2002 précise nombre de ces points (2).

1. Le recours abusif au préavis abrégé pour réorganisation du réseau

144.- Afin de ne pas trop freiner les réseaux dans des évolutions qui pourraient servir la concurrence, le règlement n°1400/2002 prévoit la possibilité pour les constructeurs de résilier leurs contrats avec un préavis abrégé d'une année afin de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau. Cela ne sous-entend pas que chaque distributeur résilié pour cause de réorganisation doit être repris dans le réseau par la suite[475].

Or l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 a été l'occasion pour de nombreux constructeurs de résilier les contrats de distribution en invoquant la nécessaire réorganisation des réseaux et l'adaptation des contrats au nouveau règlement. Ces réorganisations ont été faites au titre de l'article 5 §3 de l'ancien règlement automobile n°1475/1995 alors en vigueur et réglementant les contrats en cours. Cet article n'a cependant pas été modifié par le règlement n°1400/2002. Dès lors, les concessionnaires mécontents de ne pas être repris ont invoqué l'abus dans la rupture du contrat au motif que l'adaptation des contrats au nouveau règlement n'est pas une cause de réorganisation des réseaux.

La CJCE a éclairci ce point[476] en stipulant que « *l'entrée en vigueur du règlement (CE) n°1400/2002 de la Commission ne rendait pas, par elle-même, nécessaire la réorganisation du réseau de distribution d'un fournisseur au sens de l'article 5, paragraphe 3, premier alinéa, premier tiret, du règlement (CE) n°1475/1995 de la Commission, du 28 juin 1995* ».

---

[475] Cass. com. 2 déc. 2008, *SOCIÉTÉ AU SOL D'OR c/ SOCIÉTÉ CLAUSE TEZIER*, *concurrences*, 2009, n°1, D. FERRÉ, « Réorganisation d'un réseau : La Cour de cassation rappelle que la réorganisation d'un réseau peut être opérée librement par le promoteur du réseau, les distributeurs ne bénéficiant d'aucun droit acquis au maintien de leur situation ».

[476] CJCE, 7 sept. 2006, *VOLKSWAGEN - AUDI* c/ *SKANDINAVISH MOTOR* et *ALII*, *Europe* nov. 2006, comm. n°331, obs. L. IDOT ; *concurrences*, 2006, n° 4, D. FERRÉ, « Distribution automobile : La CJCE considère que l'application du Règlement CE n°1400-02 peut justifier la résiliation, avec un préavis réduit, des contrats de distribution automobile (VW-Audi) » ; *JCP éd. E* 2007, I, 1178, note M. CHAGNY; *D.* 2007, pan. p. 1911, obs. D. FERRIER ; *Cont. conc. consom*. 2007, comm. n°6, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *P. Aff.* 26 févr. 2007, n°41, p. 12, note P. ARHEL ; CJCE 7 sept. 2006, *VULCAN SILKEBORG*, *JCP éd. E* 2007, p. 16, obs. CHAGNY ; CJCE 30 nov. 2006, *A. BRUNSTEINER GMBH* et *AUTOHAUS HILGERT GMBH* c/ *BAYERISCHE MOTORENWERKE AG* (*BMW*), aff. jtes. C-376/05 et C-377/05 relatives à des demandes de décision préjudicielles introduites par le Bundesgerichtshof (Allemagne), *Cont. conc. consom.*, janv. 2007, n°1, comm. 6, note M. MALAURIE-VIGNAL.

Mais même si l'entrée en vigueur du règlement ne rend pas nécessaire par elle-même la réorganisation, elle « *a pu en fonction de l'organisation spécifique du réseau de distribution de chaque fournisseur rendre nécessaires des changements d'une importance telle qu'ils constituent une véritable réorganisation dudit réseau au sens de cette disposition* ». Il appartient aux juridictions nationales et aux instances arbitrales d'apprécier si tel est le cas en fonction de l'ensemble des éléments concrets du litige dont elles sont saisies. La CJCE reprend les termes de la brochure explicative du règlement n°1400/2002, mais leur apporte la force obligatoire d'une haute juridiction.

La Cour de cassation a retenu peu après une solution similaire. Est également admise la réorganisation lorsque le fournisseur « *avait mis en œuvre depuis l'année 2000 une nouvelle politique commerciale, dont les juges n'ont pas à apprécier la pertinence, tendant à inciter ses concessionnaires à distribuer non seulement la marque Mercedes, mais également les marques Smart et Chrysler et qu'elle devait en tirer les conséquences en concentrant davantage son réseau, de sorte que la poursuite de sa nouvelle politique commerciale, combinée avec l'obligation de mettre en œuvre avant le 1er octobre 2003 de nouveaux contrats de distribution sélective quantitative et qualitative tant pour la vente de véhicules neufs que pour le service après-vente, rendait nécessaire la réorganisation du réseau* »[477].

145.- Le travail du juge est alors délicat. Il ne doit ni s'immiscer dans la gestion de l'entreprise ni statuer sur l'opportunité d'une décision d'entreprise. La Cour d'appel de Paris a affirmé à travers deux arrêts l'autonomie de gestion d'une entreprise et l'incompétence du juge pour apprécier une stratégie économique ou commerciale[478]. D'ailleurs, la décision de réorganiser le réseau du constructeur n'a pas à être motivée[479].

---

[477] Cass. Com., 26 juin 2007, *P. Aff.* 30 nov. 2007, n°240, p. 13, note L. ARCELIN-LÉCUYER ; *Cont. conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE ; 29 janv. 2008, *Cont. conc. consom.* mars 2008, comm. n°69, obs. N. MATHEI.

[478] CA Paris, 14 juin 2006, *SA CENTRE D'ACTIVITÉS AUTOMOBILES c/ SAS GENERAL MOTORS*: *« Il n'appartient pas au juge judiciaire d'apprécier l'opportunité d'une décision de gestion ou de stratégie économique et commerciale »* ; CA Paris, 21 juin 2006, *GARAGE CHAUVOT* et *FILS c/ VOLVO AUTOMOBILES* : *«il n'appartient pas au juge d'apprécier l'opportunité d'une mesure de stratégie économique et commerciale dès lors que celle-ci est mise en œuvre de façon non discriminatoire et qu'elle ne révèle aucun abus de droit »*.

[479] CJCE, 7 sept. 2006, *VOLKSWAGEN - AUDI c/ SKANDINAVISH MOTOR et ALII*, *Europe* nov. 2006, comm. n°331, obs. L. IDOT ; *JCP éd. E* 2007, I, 1178, note M. CHAGNY *D.* 2007, pan. p. 1911, obs. D. FERRIER ; *Cont. conc. consom*. 2007, comm. n°6, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *P. Aff.* 26 févr. 2007, n°41, p. 12, note P. ARHEL.

Cela ne signifie pourtant pas que le juge (ou l'arbitre[480]) ne doit pas rechercher un éventuel abus dans la mise en œuvre de la résiliation. Il doit « *rechercher la réalité objective de la réorganisation invoquée en l'espèce ainsi que de l'éventuel caractère substantiel de celle-ci* »[481]. Il ne doit pas apprécier l'opportunité dès lors que celle-ci est mise en œuvre de façon non discriminatoire et qu'elle ne révèle aucun abus de droit[482].

Son raisonnement lors de son analyse de la mise en œuvre de la résiliation est orienté par une décision importante de la CJCE[483]. La demande préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 5 §3 du règlement n°1475/1995 de la Commission, mais la réponse est intéressante pour l'application du règlement n°1400/2002.

Plusieurs conditions sont alors nécessaires pour valider la réorganisation du réseau avec préavis abrégé à une année. Le juge doit rechercher la « *modification significative* » des réseaux (a) puis rechercher la justification économique de ces modifications (b).

a) Une modification significative des structures de réseau ?

146.- Le juge doit rechercher la « *modification significative* » des structures de distribution qui attestent que la réorganisation a eu lieu. Ces modifications doivent être recherchées tant sur le plan matériel, c'est-à-dire en considération de l'organisation des produits, que sur le plan géographique. Cela sous-entend la modification de la toile tissée par le réseau pour la répartition des distributeurs ou réparateurs agréés. Le constat d'une réorganisation objective du réseau ne présuppose pas la réunion de modifications sur ces deux plans, un changement opéré sur l'un d'entre eux seulement doit suffire à valider la recherche

[480] E.CHEVRIER « Rôle du tiers expert ou de l'arbitre lors de la résiliation pour réorganisation du réseau de distribution automobile », *D.* 2000, p.402.

[481] CA Paris, 14 juin 2006, *SA CENTRE D'ACTIVITÉS AUTOMOBILES c/ SAS GENERAL MOTORS FRANCE*.

[482] CA Paris, 21 juin 2006, *GARAGE CHAUVOT et FILS* c/ *VOLVO AUTOMOBILES* ; *« en l'espèce, la restructuration litigieuse s'inscrit dans une évolution générale affectant l'ensemble des réseaux de distribution automobile et tendant à la rationalisation de ceux-ci au travers de la mise en place de concessions moins nombreuses et couvrant un territoire plus vaste ; qu'ainsi, au regard de ces éléments, la résiliation contestée ne révèle aucune attitude de discrimination à l'égard de la société appelante, mais ne fait que s'inscrire dans une politique d'ensemble de renouvellement des circuits de vente ».*

[483] CJCE 7 sept. 2006, *VULCAN SILKEBORG*, *JCP éd. E* 2007, p. 16, obs. CHAGNY : pour un exemple d'utilisation du préavis d'une année.

du juge. Il faut se placer au jour de la notification du préavis de résiliation pour apprécier l'existence de la réorganisation invoquée[484].

Il faut comprendre l'exigence de réorganisation comme une réappropriation par le réseau du territoire en cause. Autrement le simple passage sur le plan contractuel d'un réseau de concession exclusive à un réseau de distribution sélective justifierait le préavis abrégé. Ainsi, il est admis que le fournisseur procède « *à une concentration de son réseau, articulé autour de plaques plus étendues que les territoires des concessionnaires et confiées à des distributeurs ainsi renforcés pour faire face à une concurrence accrue* » [485]. Peu après, la Cour de cassation a relevé que « *la modification du mode de distribution et la suppression de la concession de territoires exclusifs sont, en elles-mêmes, révélatrices du caractère substantiel de la modification intervenue, peu importe qu'elle porte directement sur les accords de distribution qui régissent le réseau* »[486].

De même, la crise économique qui s'est fait fortement ressentir dans le secteur automobile nécessite la fusion de réseaux de distribution. L'exemple en est le groupe Fiat qui a décidé le 21 avril 2010 de supprimer le réseau de distribution Chrysler pour intégrer la gamme correspondante à la marque Lancia. « *L'objectif de cette restructuration est d'étoffer la représentation pour la marque Lancia en conservant des distributeurs issus des deux réseaux* » [487]. La modification des structures de réseau se trouve en l'espèce justifiée économiquement.

b) Une justification économique des modifications ?

147.- Le juge doit ensuite rechercher la justification économique de ces modifications. Il doit rapporter les « *motifs d'efficacité économique* » étant à l'origine de la décision de réorganisation. Il faut rechercher ce en quoi la réorganisation est utile sur le plan économique. C'est la phase la plus délicate pour le juge qui doit rechercher les motifs

[484] Cass. Com., 6 mars 2007 (2 espèces) ; *JCP éd. G* 2007, I, 195, p. 19, obs. M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom.* 2007, comm. n°148 et 149, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Cont. conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE.

[485] Cass. Com. 6 mars 2007 (2 espèces) ; *JCP éd. G* 2007, I, 195, p. 19, obs. M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom*. 2007, comm. n°148 et 149, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Cont. conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE ; Cass. Com. 26 juin 2007, *P. Aff.* 30 nov. 2007, n°240, p. 13, note L. ARCELIN-LÉCUYER *; Cont. conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE.

[486] Cass. Com., 29 janv. 2008.

[487] F. LAGARDE, « Les réseaux Chrysler et Lancia seront résiliés dans le cadre d'un processus de réorganisation », *autoactu.com*, 19 mai 2010.

économiques justifiant la réorganisation sans en apprécier leur opportunité. Il se doit de rechercher la réalité objective de la réorganisation et du caractère substantiel de celle-ci[488].

La recherche du juge doit porter sur « *l'environnement concurrentiel* » dans lequel opère le fournisseur. Le juge doit identifier « *les circonstances objectives internes ou externes à l'entreprise du fournisseur* » sur lesquelles sont fondés les motifs d'efficacité économique. Il doit alors apprécier si ces circonstances sont de nature à porter atteinte à l'efficacité du réseau faute de réorganisation rapide. « *Les éventuelles conséquences économiques défavorables que serait susceptible de subir un fournisseur dans l'hypothèse où il procéderait à la résiliation de l'accord de distribution avec un préavis de deux ans sont à cet égard pertinentes* ».

La CJCE renvoie alors au juge national et à l'arbitre l'appréciation et la réunion de ces conditions. La charge de la preuve en cas de contestation de cette résiliation abrégée relève du fournisseur[489]. Pour que le juge puisse apprécier les conditions objectives de la réorganisation, le constructeur doit lui en rapporter les éléments. Il lui appartient de prouver que les conditions prévues par cette disposition pour la mise en œuvre du droit de résiliation avec un préavis d'un an sont remplies. Que la charge de la preuve repose sur l'auteur de la rupture s'inscrit dans le désir du règlement de protéger les distributeurs automobiles[490]. Quant aux moyens de preuve, ils relèvent en application du principe d'autonomie procédurale que leur fixation est définie par le droit national[491]. La charge de la preuve attribuée au concédant ne doit cependant pas dégénérer dans la création d'une obligation supplémentaire du constructeur d'intégrer à la motivation de la résiliation un plan de réorganisation.

Enfin, la CJCE dans l'arrêt Brûnsteiner rendu à la fin de l'année 2006[492] renseigne sur l'hypothèse selon laquelle le recours au préavis abrégé a été jugé non valable. Les contrats ne pouvant être résiliés au bout d'un an, ils continuent d'exister jusqu'à la fin de la période de préavis ordinaire de deux ans, ce qui en l'espèce amenait au-delà de la période transitoire. Dès lors, ces accords respectant les anciennes conditions d'exemption du règlement 2795/1995 ne respectaient pas les conditions posées par le texte de 2002. « *de sorte que l'ensemble des*

[488] CA Paris, 5 ch. A, 21 janv. 2009, *SA GROUPE VOLKSWAGEN c/ SA MONTÉLIMAR AUTOMOBILES*.

[489] CJCE 17 janv. 1984, *VBVB et VBBB* c/ Commission, *Rec.* CJCE, pt. n°52 : sur la charge de la preuve de la satisfaction des conditions fixées par l'article 5, paragraphe 3, alinéa 1er, incombant au constructeur.

[490] M. CHAGNY, « Régime de la rupture des contrats de distribution automobile », *JCP éd. E*, n°6, 8 févr. 2007, 1178.

[491] *Ibid.*

[492] CJCE, 30 nov. 2006, *A. BRUNSTEINER ET AUTOHAUS c/ BMW*, *Cont. conc. consom.* 2007, comm. n°6, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

clauses contractuelles restrictives de concurrence contenues dans de tels contrats étaient susceptible d'être interdite par l'article 101, paragraphe 1, TFUE, si les conditions d'une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE n'étaient pas remplies ».

La véracité de la réorganisation du réseau lors de la mise en œuvre du préavis abrégé de résiliation a donné lieu à une jurisprudence riche suite à l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002. Mais les tribunaux ont eu à traiter d'autres affaires mettant en cause la bonne foi du concédant dans l'exécution de ses obligations.

2. Le concédant n'exécute pas ses obligations de bonne foi

148.- L'exemption des accords de distribution automobile suppose le respect de certaines obligations liées à la rupture du contrat. Encore faut-il que ces obligations soient exécutées de bonnes fois. Or ce n'est pas toujours le cas. La jurisprudence automobile illustre cela au travers de nombre de décisions qu'il convient d'étudier.

149.- Le droit résultant du règlement 1400/2002 a créé à la charge du constructeur automobile une obligation que le droit français de la distribution ne lui attribue pas. L'obligation de motiver la résiliation du contrat à durée indéterminée en avançant les motifs qui doivent être réels et sérieux doit ainsi permettre au juge d'apprécier la loyauté de la relation commerciale et de vérifier ainsi que la résiliation n'a pas pour objectif de mettre fin à une pratique favorisant la concurrence.

L'obligation de motivation n'existant jusqu'à lors pas en droit commun[493], les juges français s'interdisaient d'analyser les motifs de la rupture d'un contrat à durée indéterminée même quand ces derniers sont donnés. La Cour de cassation s'est toujours montrée réticente à sanctionner des fournisseurs ou concédants qui rompaient un contrat en avançant des motifs simplement inexacts ou fallacieux[494]. Cette situation a changé avec l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002. Dorénavant, les magistrats ne pourront plus se soustraire à cette étude. En « *cas de litige, il incombe à l'arbitre ou au juge national de décider si les raisons invoquées justifient la résiliation de l'accord de concession et, dans la négative, de prendre*

[493] Cass. Com., 4 janv. 1994, *D.* 1995, jur. p. 355, note G. VIRASSAMY et som. p. 69, obs. D. FERRIER.

[494] Cass. Com., 5 oct. 1993, *D.* 1995, somm., p. 69, obs. D. FERRIER ; *JCP éd. G.,* 1994, II, 22224, obs. Ch. JAMIN; *RTD civ.* 1994, p. 604 ; Cass. Com. 27 oct. 1998, *Juris. auto.* 1999, p. 298 ; *D*. 2000, somm., p. 362, obs. D. MAZEAUD.

notamment les mesures qui s'imposent pour remédier à la situation »[495]. Dans le même sens, la CJCE a estimé que « *lorsqu'un fournisseur résilie un accord (...), le respect des conditions d'application de l'exemption par catégorie instituée par le règlement n°1400/2002 exige non seulement que ce fournisseur indique par écrit les motifs de cette résiliation, mais également que l'expert indépendant, l'arbitre ou le juge national, auxquels le distributeur a le droit de recourir en vertu de l'article 3, paragraphe 6, dudit règlement pour contester la validité de cette résiliation, soient en mesure d'exercer un contrôle effectif des motifs de celle-ci* »[496]. Il faut vérifier « *si le fournisseur a décidé de résilier l'accord pour les raisons invoquées dans le préavis ou plutôt pour mettre un terme à un comportement favorisant la concurrence* »[497].

Cependant, bien que les juges français n'aient pas l'habitude de contrôler les motifs de la résiliation ils peuvent en contrôler les circonstances établies et « *retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre* »[498]. Dès lors, la mise en application du règlement n°1400/2002 ne modifie pas trop les pouvoirs du juge. Il devait auparavant apprécier les circonstances de la rupture, il doit désormais les apprécier au regard des motifs invoqués. Si les motifs apparaissent légitimes, mais pas les circonstances, le juge aura du mal à apprécier les intentions réelles du constructeur. La Cour de cassation rappelle[499] que « *l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie* »[500]. Ainsi, la preuve de l'abus que la victime devra rapporter ne répondra pas d'exigences trop fortes[501].

À cet égard, plusieurs situations sont possibles.

* les motifs allégués sont illégitimes. Le juge en tire les conséquences et l'abus est avéré.

* les motifs allégués sont légitimes. Le juge doit alors vérifier en analysant les circonstances de la résiliation que le concédant n'a pas procédé à une résiliation abusive. Il

[495] Brochure explicative, Question n°70, p. 65.

[496] CJCE, 18 janv. 2007, *CITY MOTORS GROEP* c/ *CITROEN BELUX NV*, *Cont. conc. consom.* févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE ; *Europe*, mars 2008, comm. n°100, note L. IDOT ; *Cont. conc. consom.* mars 2008, comm. n°71, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

[497] Brochure explicative, question n°70, p. 66.

[498] Cass. Civ. 1re, 21 févr. 2006.

[499] *Ibid.*

[500] Cass. Com., 3 juin 1997, *JCP éd. G* 1997, I, 4056, obs. Ch. JAMIN ; *RTD Civ.* 1997, p. 935, obs. J. MESTRE ; *D.* 1998, somm., p. 113, obs. D. MAZEAUD.

[501] D. MAZEAUD, *RDC* 2006, n°3, p. 704.

s'agit essentiellement de la situation ou le concédant a voulu résilier son concessionnaire, car il procédait à des actions favorisant la concurrence aux dépens du réseau.

Soit, les circonstances de la rupture ne font pas apparaître, de tels actes. Le juge validera alors la résiliation. Soit, les circonstances de la rupture font apparaître, des actes susceptibles d'éveiller les soupçons. Le juge doit déterminer si la résiliation est motivée par les motifs qui sont légitimes ou si elle est motivée par le désir de sanctionner le concessionnaire. Son travail consiste dans la recherche de la volonté première du concédant. Il doit hiérarchiser les motifs de la résiliation. La volonté première est de résilier pour les motifs qui sont valables et cette résiliation intervient dans un contexte suspicieux. Dès lors, la responsabilité du constructeur n'est pas engagée. Ou bien la volonté première est de sanctionner le concessionnaire et les motifs qui apparaissent légitimes la couvrent.

Il reste simplement à savoir quelles sanctions tireront les magistrats de l'inexactitude des justifications avancées par le fournisseur. Le juge national ou l'arbitre aura à apprécier l'éventuelle cause anticoncurrentielle de la résiliation. Le règlement d'exemption est muet sur ce point. La brochure explicative énonce qu'en « *cas de litige, il appartiendra à l'arbitre ou au tribunal national de décider si les raisons justifient la fin du contrat de distribution et (...) de choisir le remède approprié si les raisons données ne justifient pas la résiliation* »[502]. L'abus sera alors sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts. Ceux-ci réparent le préjudice né des circonstances de la rupture, mais pas de la rupture en elle-même. Il n'est alors pas possible d'envisager la poursuite du contrat. Il faut tenir compte dans le calcul des dommages et intérêts des circonstances de la rupture, du manque à gagner et de l'attitude du concédant précédent la rupture.

Par ailleurs, restreindre la concurrence en résiliant l'accord de distribution dans des circonstances constituant un abus est grave. Le concédant pourra alors être condamné au paiement d'une amende par les autorités de la concurrence.

Ainsi, l'obligation de motivation est un instrument de contrôle qui permet de vérifier qu'un contractant a exercé un pouvoir conformément à sa finalité[503]. Il est cependant regrettable que le droit en vienne à imposer des obligations supplémentaires pour contrôler les abus du constructeur. Le règlement n°1400/2002 favorise la transmission d'entreprises au sein du réseau et affirme le multimarquisme tout en donnant la possibilité aux acheteurs de pièces professionnels de se fournir où bon leur semble. Ainsi, afin que ces dispositions soient viables

[502] Brochure explicative, question n°70, p. 66.

[503] M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 301.

et non polluées par les manigances des constructeurs, la motivation de la rupture intervient comme un indicateur de la bonne foi des concédants. La Commission européenne pense assurer le respect du règlement en se donnant les moyens de contrôler que le constructeur ne réprime pas les concessionnaires qui l'appliquent. Les possibilités offertes à ces derniers par la réglementation de 2002 sont larges et peuvent déplaire à leurs fournisseurs de véhicules. Ceux-ci pourraient alors résilier leurs contrats à la fois pour les sanctionner, mais également pour montrer l'exemple aux autres distributeurs du réseau. En s'assurant que les motifs de la résiliation ne sont pas la couverture de cette pratique anticoncurrentielle, la Commission s'inscrit dans une politique de protection du distributeur et surtout de la concurrence.

Toutefois, le rapport de la Commission sur l'évaluation du règlement n°1400/2002 relève que jamais l'obligation de motivation n'a pas permis de révéler le comportement anticoncurrentiel d'un constructeur[504].

150.- Certes, le règlement n°1400/2002 à la différence du règlement n°1475/1995 n'indique plus que les conditions de l'exemption par catégorie « *ne préjugent pas… du droit d'une partie d'exercer la résiliation extraordinaire de l'accord en raison d'un manquement de l'autre partie à une de ses obligations essentielles* ». Ce silence ne signifie pourtant pas que cette faculté n'existe plus. Il ressort du droit national et des juges du fond de déterminer si une des parties peut résilier le contrat à tout moment et sans préavis en cas d'inexécution d'une obligation essentielle[505].

La possibilité de résilier sans préavis trouve son fondement dans la nécessité de ne pas poursuivre la mauvaise commercialisation du produit contractuel par le distributeur fautif[506]. Cependant, cette résiliation doit être opportune, la faute doit être suffisamment importante pour engendrer la sanction. Cela sous-entend alors que le concessionnaire n'a pas rempli une de ses obligations essentielles. Selon la brochure explicative,[507] les parties doivent « *établir d'un commun accord si le motif de résiliation anticipée est suffisant et, en cas de désaccord, recourir à un expert indépendant ou à un arbitre et/ou saisir la juridiction compétente prévue*

[504] Rapport d'évaluation du règlement n°1400/2002, p. 12.

[505] Brochure explicative, question n°69, p. 64 ; pour une application, V. CA Versailles, 5 avr. 2007, *AUTOMOBILES HYUNDAI FRANCE c/ GARAGE DU CARREFOUR*, *Cont. conc. consom.* févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE, validant la résiliation sans préavis lorsque celui avait présenté des copies de factures ne correspondant pas aux originales, faits « susceptibles de recevoir une qualification pénale ».

[506] L.IDOT « Contrat de distribution et clause de résiliation de plein droit », *Europe* 2007, n°3, comm. nº 100, p.22.

[507] Brochure explicative, question n°69, p. 65.

par le droit national ». Or la recherche d'un accord n'est pas véritablement imposée étant donné que la brochure explicative n'a aucune force obligatoire et que le règlement n'établit pas cette obligation. Cette brochure n'apporte ici aucun complément intéressant puisqu'il est classique qu'en cas de désaccord et sans solution amiable trouvée les cocontractants estent en justice ou aient recours à un arbitre. Celui-ci n'aura un intérêt que s'il a la compétence pour trancher le litige ou s'il a de véritables qualités de conciliation.

De plus, le concédant doit sanctionner la faute rapidement, car s'il laisse passer trop de temps les juges pourront estimer qu'il a toléré un temps la défaillance et que la résiliation intervenue ultérieurement est abusive[508].

Bien que la jurisprudence reconnaisse la validité de ces clauses insérées au contrat de distribution[509], leur mise en œuvre ne doit pas constituer un abus. Le juge saisi de la plainte doit alors apprécier les circonstances dans lesquelles est intervenue la mise en œuvre de la clause résolutoire. L'effet d'une clause résolutoire est subordonné à la bonne foi de celui qui s'en prévaut[510]. Peu importe alors que l'obligation inexécutée soit expressément visée par ladite clause résolutoire si elle n'est pas un élément déterminant du contrat[511]. Ainsi a été qualifiée d'abus la mise en œuvre de la clause intégrée à un contrat de concession lorsqu'elle intervient suite au décès du concessionnaire alors même que le concédant connaissait l'état de santé de celui-ci et qu'il acceptait que ce soit ses enfants qui gèrent la concession depuis l'apparition de la maladie. Dans ces circonstances, le juge du référé a relevé l'abus au motif que le décès ne portait pas préjudice au concédant[512]. De même, la clause résolutoire ne saurait être valablement mise en œuvre si les motifs sont restrictifs de concurrence. Ainsi, les motifs sont abusifs s'ils résultent de la pratique du concessionnaire de vendre à des distributeurs du commerce parallèle ou s'ils résultent du non-respect par le concessionnaire de

[508] CA Paris 20 mai 1994, *D.* 1995, somm. p.70, obs. D. FERRIER ; Cass. Com. 17 juill. 2001.

[509] CJCE, 18 janv. 2007, *CITY MOTORS GROEP c/ CITROEN BELUX NV*, *Cont. conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE ; *Europe* mars 2008, comm. n°100, note L. IDOT ; *Cont. conc. consom*. mars 2008, comm. n°71, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; à noter que la Cour ajoute à la lettre de l'article 3 §6 en ajoutant le renvoi au juge alors que le règlement 1400/2002 prévoit seulement le contrôle par un arbitre ou expert indépendant.

[510] CA Paris, 14e ch. A, 3 févr. 1993.

[511] Cass. Com., 1er juill. 1997, *Dr & patr.*, 1998, n°56, p. 91.

[512] T. com. Paris, ord., 4 nov. 1987.

l'interdiction de revendre à des tiers distributeurs alors même qu'il est lié par un contrat de distribution exclusive[513].

Dans ce type de situation, le juge des référés est le plus à même de prendre une décision rapide pouvant aboutir à la reprise des relations commerciales au titre des mesures conservatoires[514]. La poursuite des contrats n'est que temporaire puisque le juge des référés dans pareil cas excède ses pouvoirs « *en prononçant la poursuite des effets d'un contrat sans fixer un terme certain à la mesure prononcée* »[515]. De plus, le délai fixé par le juge constitue souvent un préavis acceptable pour la résiliation du contrat. La confiance au sein du contrat étant altérée, la continuation du contrat est par conséquent difficile. Le juge règle donc le contentieux. L'arbitre peut remplir les mêmes fonctions à condition que sa rapidité de décision soit aussi efficace que celle du juge des référés.

Au demeurant, le concédant ne peut désigner un nouveau concessionnaire tant que le contrat initial n'a pas été résilié. Dans un réseau de distribution exclusive, l'exclusivité est alors mise en suspens pour permettre aux distributeurs voisins d'assurer la distribution sur le territoire concerné[516].

151.- La jurisprudence illustre les circonstances dans lesquelles l'exercice du droit de résiliation unilatérale ou de non-renouvellement a été considéré comme abusif[517]. C'est le cas lorsque les circonstances précédant la résiliation ou le comportement du concédant ont fait naître chez le distributeur une croyance légitime dans la continuité du contrat. La rupture du contrat de concession est abusive si le concédant a incité son concessionnaire à procéder à des investissements lourds, s'il a pris une part active dans leur conception et mise en œuvre, et s'il a laissé croire à un renouvellement de la concession[518]. De plus, la période de préavis ou la

---

[513] CJCE, 18 janv. 2007, *CITY MOTORS GROEP c/ CITROEN BELUX NV*, *Cont. conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE ; *Europe* mars 2008, comm. n°100, note L. IDOT ; *Cont. conc. consom*. mars 2008, comm. n°71, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

[514] L'article 873 NCPC dispose de la possibilité pour le juge des référés de prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état *« soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite »*.

[515] Cass. Civ. 1re, 7 nov. 2000, Trésis.

[516] Cass. Com., 1er déc. 1992, *D.* 1995, somm. P.72, obs. D. FERRIER sur l'intervention du concédant ou d'autres concessionnaires sur le territoire et Cass. Com., 15 janv. 1973, *RTD Civ.* 1974, p.165, obs. G. CORNU ; *D.* 1973, p.473, note J. GHESTIN sur l'annulation partielle du contrat.

[517] V. p. ex. Cass. Com., 28 févr. 1995, *RTD Civ.* 1995, p. 885, obs. J. MESTRE ; Cass. Com., 29 janv. 2002, *Cont. conc. consom.* 2002, comm. no 123, obs. M. MALAURIE.

[518] Cass. Com., 29 janv. 2002, *Sté RENAULT* c/ *Sté COGERA Sté BRONNER*, *Cont. conc. consom.*, n°8-9, août-sep. 2002, p. 23, note M. MALAURIE-VIGNAL ; v. L. AYNES, *P. Aff.*, 5 mai 2000, p.3, *« la bonne foi contractuelle repose sur la confiance »*.

prépériode de préavis peut être le théâtre de confusions. Ainsi, un concédant qui concède des aides aux investissements avant la résiliation du contrat n'est pas fautif. « *Le concessionnaire est un entrepreneur indépendant, libre des décisions concernant son entreprise et qu'il apparaît dès lors que l'intimée n'est pas de bonne foi en assimilant une aide aux investissements, à une pression en vue de leur réalisation, au point de prétendre que celui qui l'octroie en est le véritable décideur* »[519].

Il y a également tromperie lorsque le concédant laisse planer une ambiguïté sur le sort de la concession alors qu'il n'informe pas son concessionnaire des plans de restructuration[520]. A également été déclarée abusive une résiliation de contrat dès lors que le concédant avait imposé à son distributeur des investissements importants tandis que l'économie générale du contrat s'inscrit sur la durée. Il s'agissait en l'espèce d'une concession déficitaire que le concessionnaire s'était engagé à redresser [521] . L'abus peut également résulter du comportement de l'auteur de la rupture qui se désintéresse de la situation économique de son distributeur, et qui peut aller jusqu'à lui porter atteinte en violant la clause d'exclusivité, en facilitant l'activité de tiers dans ce qu'elle peut avoir de néfaste pour le distributeur, en alourdissant les frais financiers ou en compliquant la gestion de l'entreprise ou encore par actes de dénigrement ou discrimination[522]. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a également retenu que la résiliation successive de contrats de distribution qui étaient économiquement interdépendants et juridiquement indivisibles avait provoqué un grave préjudice financier pour le concessionnaire et compromis sa reconversion[523].

En définitive, que la résiliation du contrat soit abusive ou bien fautive, il faut dans tous les cas s'interroger sur les conséquences d'une telle rupture d'une relation contractuelle.

[519] CA Paris, 4 juin 2003, *SA FIAT AUTO France* c/ *GARAGE OLIVER*.

[520] CA Paris 29 nov. 1999, *Sté AXAUTOS RASPAIL*.

[521] V. Cass. Com., 5 avr. 1994, *Cont, conc. consom*. 1994, comm. n° 159, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1994, p. 603, obs. J. MESTRE; *D.* 1995, somm., p. 90, obs. D. MAZEAUD ; Cass. Com. 20 janv. 1998, *cont. conc consom* 1998, comm 56 obs. L. VOGEL ; *Cont. conc. consom*. 1998, comm. n° 56, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 1998, p. 413, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1998, p. 675, obs. J. MESTRE ; *Juris. auto.* 1998, p. 421 ; *D.* 1999, somm., p. 114, obs. D. MAZEAUD ; *JCP éd. G* 1999, II, 10085, obs. J.-P. CHAZAL.

[522] Cass. Com., 5 oct. 1993, *JCP* 1994, II, 2224, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1994, p. 604, obs. J. MESTRE.

[523] Cass. Com., 27 oct. 1998, *Juris. auto.* 1999, p. 298 ; *D.* 2000, somm., p. 362, obs. D. MAZEAUD.

II. Les conséquences de la rupture du contrat de distribution

152.- La rupture du contrat de distribution a deux types de conséquences qu'il faut préciser. Il faut dans un premier temps s'interroger sur le devenir de la clientèle (A). Il faut dans un second temps s'interroger sur les conséquences de la rupture d'un contrat de distribution sur les autres contrats de distribution conclus entre les mêmes parties (B).

A. Le devenir de la clientèle suite à la rupture du contrat de distribution

153.- La clientèle constitue l'élément principal d'une entreprise. Lorsque la rupture du contrat de distribution intervient, la question se pose du devenir de cette clientèle. La jurisprudence a hésité un temps à reconnaître son appartenance au concessionnaire ou au concédant. La première solution ayant été retenue par les juges (1), se pose alors la question de l'illicéité de la transmission par le concédant du fichier client du concessionnaire résilié au profit du concessionnaire nouveau (2).

1. Les hésitations jurisprudentielles

154.- La question de l'appartenance de la clientèle en matière de concession automobile est de grande importance. Une attribution au concédant entraînerait une requalification du contrat en contrat d'agent commercial. Il en est ainsi lorsque le distributeur crée et développe une clientèle pour le compte d'autrui. La fin du contrat supposerait alors le paiement d'une indemnité de clientèle due par le concédant envers son cocontractant (à moins que la rupture ne lui soit imputable)[524].

À l'inverse, l'appartenance de la clientèle au concessionnaire empêche l'attribution d'une telle indemnité puisque celle-ci est censée rester attachée à son activité propre. C'est ce que stipulent tous les contrats de distribution automobile.

D'ailleurs, les concédants voulant empêcher les concessionnaires de céder leur fonds de commerce ont initialement prétendu que la clientèle leur appartenait. Ils ont opéré un revirement en attribuant cette propriété au concessionnaire dès lors qu'ils se sont aperçus

[524] En vertu de l'article 17 de la directive n°86/653 CE du 18 décembre 1986, devenu l'article L. 134-12 du Code de commerce.

qu'ils auraient à payer une indemnité de clientèle à leurs cocontractants. Les concédants préfèrent nettement que le nouveau concessionnaire ait à racheter la clientèle lors de la cession plutôt qu'ils aient eux-mêmes à payer une indemnité en pareil cas.

Juridictions sociales et juridictions commerciales se sont alors opposées un temps, les premières plaidant pour une clientèle attachée au concédant, les secondes préférant reconnaître son appartenance au concessionnaire.

155.- La jurisprudence sociale relative à l'article L. 1224-1 du Code du travail a dans un premier temps reconnu que le transfert d'une activité de distribution automobile exclusive opère le transfert d'une entité économique autonome. Cela comprend, outre le transfert des contrats de travail, le transfert de la clientèle de l'ancien vers le nouveau distributeur[525]. La jurisprudence sociale a en cela été contraire à la jurisprudence commerciale pendant un temps. Elle a attribué au concédant la propriété de la clientèle[526] avant de revenir sur ces deux arrêts quelques mois plus tard[527].

156.- La jurisprudence commerciale est plus affirmative sur ce point. Par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris *SA GARAGE A. PICOT c/ S.A. MICHEL* [528], les juges du fond reconnaissent que 'la clientèle d'un concessionnaire automobile est commerciale et cessible ; qu'en effet, la société Michel SA est une société commerciale inscrite au registre du commerce et des sociétés qui, dans le cadre du contrat de concession qu'elle a conclu avec la société Automobiles Peugeot, fait en son nom et pour son compte des actes de commerce ayant précisément pour objet de développer une clientèle ». La Cour d'appel a donc transposé la solution retenue précédemment pour le contrat de franchise au contrat de distribution automobile.

Dès lors que la clientèle appartient au concessionnaire, comment considérer la pratique du constructeur automobile consistant à communiquer au concessionnaire nouveau le fichier de clientèle du concessionnaire ancien ?

---

[525] Cass. Soc., 11 juin 2002, *JCP éd. E*, 26 sept. 2002, n°39, p. 1383 et Cass. Soc. 12 févr. 2003.

[526] CA Douai, 31 janv. 2002, *GROUPE VOLKSWAGEN* France c/ *AUTOPOLE*, *Lamy Dr. éco,.* mars 2002, bull. A, p. 1, R. BERTIN, « Les constructeurs automobiles employeurs potentiels des salariés de leurs concessionnaires » ; appuyé sur une autre affaire par Cass. Soc., 12 mars 2003, *PRIMAGAZ*.

[527] Cass. Soc., 28 mai 2003.

[528] CA Paris, 16e ch. B. 4 oct. 2002, *S.A GARAGE A. PICOT* c/ *S.A. MICHEL*, note R. BERTIN, *P. Aff.*, 11 sept. 2003 n°182, p.4. *« La clientèle d'un concessionnaire automobile est commerciale et parfaitement cessible »*, la société *MICHEL SA « fait en son nom et pour son compte des actes de commerce ayant précisément pour objet de développer une clientèle »* ; v. dans le même sens pour le contrat de franchise Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002.

2. La pratique illicite des concédants

157.- Les constructeurs automobiles ont pour habitude de transférer au concessionnaire nouveau les fichiers de clientèle des concessionnaires anciens afin de leur éviter de les racheter. N'y a-t-il pas là un enrichissement sans cause du nouveau concessionnaire ?

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris *S.A GARAGE PICOT c/ S.A. MICHEL* renseigne sur ce point. La Cour retient que la communication de ce fichier n'avait pas eu lieu antérieurement à l'existence de la convention de cession de clientèle, et que donc elle n'avait pas été effectuée en fraude des droits du concessionnaire ancien. A contrario une communication antérieure à cette convention constituerait une faute. Cet arrêt a donc pour intérêt de reconnaître l'illicéité de la pratique des constructeurs automobiles[529].

Par ailleurs, la rupture d'un contrat de distribution, outre les conséquences qu'elle peut avoir sur le devenir de la clientèle, peut également rejaillir sur les autres contrats que les parties ont conclus.

B. Les conséquences de la rupture du contrat sur les autres contrats

158.- La lecture isolée du règlement n°1400/2002 ne laisse pas entendre que la rupture ou le non-renouvellement d'un contrat de distribution ait une quelconque conséquence sur les autres contrats conclus entre les mêmes parties. En effet, la séparation de la vente et de l'après-vente a affirmé l'indépendance des contrats de distribution de véhicules, de pièces de rechange ou de services (1). Cependant, la théorie des ensembles contractuels jette un doute quant à l'indépendance de ces accords (2).

1. L'indépendance contractuelle

159.- Considérant l'industrie automobile dans son ensemble ainsi que l'expérience qu'elle a acquise en matière de distribution de véhicules neufs, de pièces de rechange et de services après-vente, la Commission européenne a supprimé le lien qu'il existait auparavant

[529] CA Paris, 16e ch. B. 4 oct. 2002, *S.A GARAGE PICOT c/ S.A. MICHEL*, note R. BERTIN, *P. Aff.*, 11 sept. 2003 n°182, p.4. *« La clientèle d'un concessionnaire automobile est commerciale et parfaitement cessible ».*

entre la vente de véhicules et les services après-vente. Il n'est « *pas indispensable que les distributeurs de véhicules automobiles neufs en assurent également la réparation et l'entretien. L'intérêt légitime des fournisseurs et des utilisateurs finals peut être totalement respecté si le distributeur sous-traite ces services…* ». « *En outre, il n'est pas nécessaire que les réparateurs agréés vendent également des véhicules neufs pour fournir de bons services de réparation et d'entretien. L'exemption ne doit donc pas couvrir les accords verticaux contenant des obligations ou des clauses incitatives directes ou indirectes qui établissent un lien entre les activités de vente et de services après-vente ou rendent la prestation d'une de ces activités dépendante de la prestation de l'autre* ». La Commission ouvre ainsi la voie vers plus de spécialisation dans la vente ou l'après-vente. Cette brisure du lien qu'il existait entre ces deux activités est en rupture avec l'ancienne réglementation. Les règlements précédents conservaient cette liaison qui était un élément essentiel de la sélection par les constructeurs de leurs distributeurs.

Aussi, la séparation de la vente et de l'après-vente a eu pour effet de multiplier le nombre des contrats de distribution. Chaque constructeur a donc mis en place dans ses réseaux un nombre de contrats allant de deux à quatre pour couvrir toutes les activités.

Il n'y a pas de raison de penser que le fait de réunir trois contrats en un ait des conséquences. En pratique beaucoup ont opté pour un ou deux contrats et plus rarement trois. La Commission estime qu'il n'est pas nécessaire d'utiliser plusieurs contrats pour les différentes activités, que le recours à un contrat unique n'empêche pas de le modifier voire même de stopper une activité[530]. Il n'y pas d'obligation d'utilisation de contrats distincts. Ceci revient donc à considérer que les différentes obligations essentielles du contrat sont indépendantes les unes des autres. Ce peut paraître étonnant au regard du droit français des contrats et de la théorie des ensembles contractuels.

2. L'interdépendance contractuelle

160.- Il faut énoncer cette théorie des ensembles contractuels (a) avant d'examiner comment elle se confronte au règlement n°1400/2002 (b).

[530] D'après le complément du 12 nov. 2003 de la brochure explicative.

a) L'énoncé de la théorie des ensembles contractuels

161.- La théorie des ensembles contractuels[531] pousse à s'interroger sur les effets du regroupement de ces contrats. Dès lors, le contrat ne doit pas être apprécié dans son unité, mais en tant qu'entité d'un ensemble de contrats indivisible. Cette construction jurisprudentielle reprend l'idée doctrinale de groupes de contrats [532]. Les contrats de l'ensemble sont indivisibles et l'intérêt de chacun réside dans l'existence des autres. Dès lors qu'un contrat n'existe plus, que ce soit par décision jurisprudentielle ou par résiliation unilatérale, les autres perdent un élément essentiel de leur existence.

Cette théorie a pour effet de rendre caduc un contrat lorsqu'un autre contrat est résilié et lorsque ces deux contrats participent d'une opération économique unique[533]. A fortiori, la résiliation d'une obligation essentielle du contrat aurait pour conséquence de rendre caduques les autres obligations essentielles. L'interdépendance entre les obligations essentielles ou entre les contrats essentiels marque l'indivisibilité de l'ensemble.

Ce critère objectif de l'indivisibilité a été traité en relation avec la théorie de la cause. L'indivisibilité résulterait du fait que la cause d'un contrat est l'existence de l'autre. La disparition de l'un entraînerait alors la disparition de l'autre. Outre le fait que cette considération a été débattue en doctrine et a donné lieu à des avis très divergents, reflétant ainsi l'imprécision de la théorie, il apparaît plus juste de penser que la cause du contrat n'est pas l'existence de l'autre, mais la réalisation de l'opération économique. C'est dans l'optique de réaliser une opération économique que les contrats sont conclus. Dès lors, l'impossibilité de réaliser cette opération entraînerait la caducité des contrats.

Mais il est également envisageable que les contrats continuent d'exister dans un contexte qui empêche, indépendamment de leur bonne exécution, la réalisation de l'opération. La caducité doit alors également être prononcée dans cette situation. C'est ce qui tend à faire penser qu'il ne faut pas considérer que la cause du contrat est l'existence d'un autre contrat, mais plutôt que c'est la réalisation possible d'une opération économique.

Il faut confronter cette théorie avec la pratique du règlement n°1400/2002.

---

[531] C. AUBERT de VINCELLES, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, n°3, p. 663 ;

[532] B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

[533] V. D. MAZEAUD, « Indivisibilité des contrats », *RDC* 2006, n°3, p. 704, note sous Cass. civ., 4 avr. 2006. P. 702.

b) L'application de la théorie des ensembles contractuels

162.- La théorie des ensembles contractuels permet de concevoir un lien entre des contrats différents[534]. La Commission, à l'inverse, atteste que l'on peut concevoir un contrat comme étant porteur de plusieurs opérations économiques indépendantes les unes des autres. En effet, ce dernier point répond bien des considérations de la Commission européenne à travers le règlement n°1400/2002. Elle libéralise les activités et leur donne une existence propre. La Commission se contredit donc quelque peu puisqu'elle encourage ces contrats uniques globaux. Ce n'est en effet pas logique et cela ne traduit pas la volonté réelle de la Commission qui est de casser le lien entre l'après-vente et la vente.

De plus, le plus souvent, plusieurs contrats ont été prévus par les constructeurs (distribution de pièces, distribution de véhicules, réparation)[535]. Cette pratique pourrait traduire l'acceptation par les cocontractants du principe du règlement n°1400/2002 sauf qu'en réalité l'on imagine mal que ces contrats passés avec des distributeurs ne relèvent pas d'un intérêt économique unique.

La volonté des constructeurs est d'organiser l'ensemble de leur réseau de façon cohérente, avec des vendeurs répartis correctement et des réparateurs logiquement choisis. De même, du côté du distributeur, comment ne pas penser que les contrats qu'ils concluent ne participent pas d'une stratégie d'entreprise globale ?

Ce constat ne doit cependant pas laisser croire à l'application de la théorie des ensembles contractuels. Il ne faut en effet pas confondre la notion d' « opération économique » avec une notion plus subjective tenant à la stratégie d'entreprise. Le critère de

[534] C. AUBERT de VINCELLES, *op. cit.* (v. note n°531).

[535] Suite à l'entrée en vigueur du règlement 1400/2002, chaque constructeur a dû revoir sa stratégie. BMW a établi un même contrat pour toute l'union. C'est-à-dire un CDD de 5 ans avec un système de marges bâti pour arriver à l'harmonisation des prix en Europe. Ils veulent renforcer leurs filiales dans les grandes villes pour ne pas être dépendant de concessionnaires qui peuvent décider de distribuer une autre marque du jour au lendemain.

FORD propose trois types de contrats différents avec pour les concessionnaires 55 critères à remplir. En janvier 2003 PORSCHE a proposé à son réseau deux contrats pour séparer la vente des véhicules sport et du 4x4 Cayenne. DAIMLER CHRYSLER a gardé le même contrat avec des amendements.MERCEDES veut développer ses succursales dans les grandes villes allemandes de Cologne, Stuttgart, Hambourg et en Europe à Paris Londres et Milan. CITROËN prévoit 4 contrats : vente de véhicules, après-vente, vente de pièces détachées et contrat d'agent. En Allemagne c'est le CDI qui est utilisé et le CDD en France.

PEUGEOT Deutschland Gmbh a établi trois contrats pour son réseau. Sur la forme, ils peuvent être réunis en un seul et même document et un même professionnel peut satisfaire les trois contrats. PEUGEOT s'est cependant attiré les foudres de ses concessionnaires en n'accordant le contrat de vente de pièces détachées qu'à ceux qui possèdent déjà le contrat de vente de véhicules neufs, ce qui est contraire au règlement. Les critères des contrats sont propres à l'Allemagne et font l'objet de négociations pour une cinquantaine de critères.

Quant à RENAULT, le constructeur français utilise deux contrats distincts pour l'après-vente.

l'opération économique unique renvoie à des considérations pratiques. Un contrat doit être nécessaire à l'exécution de l'autre. Ainsi, il est opportun de penser qu'un ensemble contractuel est formé par un contrat d'approvisionnement en pièces de rechange et un contrat de réparateur agréé lorsque ce dernier ne se sert des pièces de rechange que pour ses prestations de service. En revanche, s'il revend une part des pièces qu'il reçoit, alors le contrat d'approvisionnement n'a pas uniquement pour cause l'existence du contrat de réparation.

163.- C'est donc à bon escient que la Commission affirme l'indépendance de l'activité de distribution et de l'activité de réparation. L'une n'étant pas vitale à la réalisation de l'autre, et vice et versa, les juges du fond, dont dépend l'application de la théorie[536], ne pourraient en aucun cas constater l'existence d'une opération économique unique. Au final, la rupture d'un des contrats conclus entre concédant et concessionnaire (contrat de distribution ou contrat de réparation) n'a pas d'influence directe sur l'autre.

Désormais, abordée l'étude de la durée et de l'extinction du contrat de distribution automobile, il faut désormais s'intéresser aux clauses compromissoires que la Commission européenne a introduites dans ces mêmes contrats.

[536] La chambre civile de la Cour de cassation considère qu'elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. V. p. ex. Cass. civ. 1re, 1er juill. 1997, *D.* 1998, p. 32 obs. L. AYNES.

SECTION 2

UNE PROTECTION ASSURÉE PAR LE RÈGLEMENT CONTRACTUEL DES CONFLITS

164.- Le règlement 123/1985 conférait au constructeur le pouvoir d'imposer unilatéralement les objectifs[537] en l'absence d'accord avec le distributeur. Cette disposition a été remise en cause dans le règlement 1475/1995 qui a atténué ce déséquilibre en prévoyant l'intervention d'un tiers expert[538].

Le règlement n°1400/2002 va un peu plus loin[539]. Désirant « *favoriser le règlement rapide des litiges qui pourraient survenir entre les parties à un accord de distribution* » [540] et ne pas freiner le processus concurrentiel, l'article 4. 6, dispose que l'« *exemption s'applique à condition que l'accord vertical prévoie le droit pour chacune des parties de recourir à un expert indépendant ou à un arbitre en cas de litige relatif au respect de leurs obligations contractuelles* ».

La justification économique de cette disposition est simple. Elle est instaurée dans le but d'accélérer le règlement des litiges afin de ne pas enrayer le mécanisme de la concurrence. Celle-ci est alors appréhendée comme le résultat de relations non altérées au sein d'un marché. Pour garantir ce résultat, il faut entre autres que ces altérations ne puissent pas ralentir, voire bloquer de manière excessive ces relations. Pour la Commission européenne, le recours au tiers expert ou à l'arbitre apparaît alors comme la meilleure solution, ce qui explique la place donnée à cette mesure dans l'ensemble du droit des pratiques

[537] Nombre de produits contractuels que le distributeur devrait écouler 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.

[538] Article 4, §1, sous 3), 4) et 5) du règlement 1475/1995

[539] L'article 2059 du Code civil dispose que *« toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition »* et l'article 2060 al 1 ajoute que *« l'on ne peut compromettre sur les ... matières qui intéressent l'ordre public »*. Or ce principe est largement mis de côté en ce qui concerne les principes mettant en cause le droit de la concurrence. En droit interne l'arbitrabilité du droit de la concurrence a été reconnue : V. VAN HECKE, « Arbitrage et restriction de concurrence », *Rev. Arb*., 1973, p. 1 ; X. de MELLO, « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. Arb*., 1982. 349 ; R. KOVAR, « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Mélanges* B. GOLDMAN, Litec., 1987, p. 109.

[540] Considérant n°(11) du règlement 1400/2002.

anticoncurrentielles[541]. Il faut cependant identifier précisément les modes de règlement contractuel des litiges dont fait mention le règlement n°1400/2002 (§ 1) puis apprécier les conséquences du règlement n°1400/2002 sur le recours réel des opérateurs de la distribution automobile à de tels procédés (§ 2).

§1. L'identification des modes de règlement contractuel des litiges

165.- La clause compromissoire du contrat de distribution automobile est claire, chacune des parties a le droit d'y recourir. Des exemples sont d'ailleurs donnés pour illustrer son champ d'application. Celui-ci apparaît des plus larges. Ces litiges peuvent notamment concerner des obligations de fourniture ; l'établissement ou la réalisation d'objectifs de vente ; le respect des obligations en matière de stocks ; le respect d'une obligation de fournir ou d'utiliser des véhicules de démonstration ; les conditions régissant la vente de différentes marques ; la question de savoir si l'interdiction d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non agréé limite la capacité du distributeur de véhicules automobiles autres que les voitures particulières ou les véhicules utilitaires légers d'étendre ses activités ; la question de savoir si la résiliation d'un contrat est justifiée par les raisons données dans le préavis.

Le texte de 2002 ne mentionne cependant pas exactement quel type de règlement contractuel des litiges résulte de la clause compromissoire. Le silence du texte quant à ces notions laisse aux parties une grande marge de manœuvre dans l'organisation du mode alternatif de règlement du litige choisi, notamment en l'absence de statut communautaire de l'arbitrage[542]. Cela correspond d'ailleurs à l'intention de la Commission européenne qui est de favoriser le dialogue entre les partenaires, sous toutes ses formes. Il apparaît donc qu'au moins puissant, ce tiers entretien le dialogue, au mieux il tranche le litige. Il peut également proposer des solutions et des voies de réflexion. Le tiers arbitre qui tranche le litige est le plus proche du juge national dans ses pouvoirs bien que le droit applicable et la procédure ne s'en rapprochent pas.

[541] W. ABDELGAWAD, « L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE », *Rev. arbit.* 2004, p. 253.

[542] Sur la nécessité d'un tel statut : A. MOURRE, « Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage ? », *RAE* 2005, n°2, p. 191.

Selon le type de mode alternatif mis en place, il ne peut être attendu avec certitude un dénouement. Dans le cas où c'est un compromis qui est recherché, le résultat n'est pas certain et le juge reste un recours important.

La doctrine n'a pas spécialement bien accueilli cette disposition[543], l'appréciation qui en est faite laisse perplexe.

§2. L'appréciation du règlement contractuel des litiges

166.- Selon l'article 3 §6 du règlement n°1400/2002, le droit de recours à l'arbitrage doit être intégré au contrat et s'exerce « *sans préjudice du droit pour chaque partie de saisir une juridiction nationale* ». L'existence d'une clause compromissoire dans le contrat de distribution automobile est donc une condition de son exemption. Cela marque l'intérêt porté par la Commission à l'arbitrage en matière de concurrence[544].

La nature contractuelle des modes alternatifs de règlement des différends implique alors plusieurs interrogations

167.- Le recours à l'arbitre ou à un tiers expert est-il nécessairement préalable à la saisine du juge national ? Étant donné que le recours à ces tiers correspond à l'exécution d'une obligation contractuelle, il semble logique de penser que ce recours devra, même si non obligatoire, intervenir avant le recours au juge national.

Les autorités de la concurrence ne disposent pas du pouvoir d'annuler les conventions. Cela relève de la compétence exclusive des magistrats et des arbitres. « *La nullité est une sanction plus respectueuse de la volonté contractuelle, mais son usage dans le contentieux concurrentiel s'avère complexe* »[545]. Si l'arbitre annule la convention, celle-ci n'existant plus, le juge national ne va pas pouvoir juger du contrat initial, mais seulement du contrat d'arbitrage. L'intérêt du recours au juge national s'en trouve donc anéanti.

---

[543] L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°414) ; D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42).

[544] J. MESTRE, « L'arbitrage mode utile de règlement des litiges », *Dr. et pat.*, n°94, juin 2001, p. 32 ; L. IDOT, « La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D.* 2007, p. 2681 ; T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2008, p. 180 ; J-B. DRUMMEN, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la concurrence », *JCP éd. E* 2010, n°18-19, p. 1443.

[545] E. CLAUDEL, *op. cit.* (v. note n°27).

168.- Le recours à un expert ou à un arbitre est-il obligatoire ? La jurisprudence récente de la CJCE confirme le caractère facultatif du recours au tiers expert ou à l'arbitre[546]. Le contrat de distribution liant Citroën avec les concessionnaires belges prévoyait le recours à un expert indépendant ou à un arbitre en cas de litige relatif au respect de leurs obligations contractuelles concernant notamment la question de savoir si la résiliation d'un contrat est justifiée par les raisons données dans le préavis. Le contrat prévoyait également que l'accord pouvait être résilié par le fournisseur de plein droit et sans préavis en cas de manquement par le distributeur à l'une des obligations contractuelles mentionnées dans le contrat. L'intervention préalable d'un expert indépendant, d'un arbitre ou d'un juge était donc exclue. Or cela n'a aucune influence sur le bénéfice de l'exemption qui en aucun moment ne saurait dépendre de la saisine préalable du juge à la mise en œuvre de la clause contractuelle, arbitre ou expert. Dans cette affaire la CJCE ajoute d'ailleurs qu'il suffit qu'un expert, arbitre ou juge apprécie la validité de la clause. C'est le seul examen du contrat qui est nécessaire.

169.- Lorsqu'une partie demande l'intervention d'un arbitre ou d'un expert, l'autre a-t-elle l'obligation de l'accepter ? Il peut être demandé par l'une ou l'autre des parties, mais seule la volonté réciproque du cocontractant permet l'exécution. Le contrat d'arbitrage est d'ailleurs au titre de la prohibition des obligations perpétuelles résiliable à tout moment. Or ce n'est pas ce que laisse entendre la Commission qui semble obliger les parties à accepter le choix de l'autre de recourir à un mode alternatif de règlement des litiges. Seule la rencontre des volontés des parties peut déclencher l'arbitrage. Cela correspond bien à l'optique des modes alternatifs de règlement des litiges qui est de résoudre le litige par une volonté des parties de s'entendre. Sans cette envie de « paix » dans le contrat, le juge national est le plus à même d'être entendu.

170.- Les parties ayant eu recours à un arbitre ou un expert peuvent-elles encore saisir le juge national ? La Commission précise que le recours à l'arbitrage s'exerce « *sans préjudice du droit pour chaque partie de saisir une juridiction nationale* ». Ceci est évident puisque s'il était possible de renoncer à tout recours ultérieur à la justice, l'arbitrage se transformerait en un véritable processus juridictionnel dont le non-respect porterait atteinte à l'ordre public. Or aucun appel n'est possible dans le cadre d'un arbitrage, la Commission

[546] CJCE, 18 janv. 2007, *CITY MOTORS GROEP* c/ *CITROEN BELUX NV*, *Cont. conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE ; *Europe* mars 2008, comm. n°100, note L. IDOT ; *Cont. conc. consom*. mars 2008, comm. n°71, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

aurait alors gravement porté atteinte à l'organisation judiciaire des états en leur retirant tout pouvoir juridictionnel dans le secteur automobile.

Au demeurant, si les parties se sont mises d'accord suite à l'intervention d'un arbitre ou d'un tiers expert, chacune d'elle a l'obligation d'exécuter ses nouvelles obligations nées de ce règlement à l'amiable. Dès lors, la partie qui ferait appel au juge serait fautive, sauf si elle lui demande de constater un vice de procédure[547].

De plus, les parties doivent stipuler dans le contrat quelle loi l'arbitre devra appliquer, dans le cas contraire, l'arbitre qui ne statue pas conformément au droit est présumé statuer en équité[548]. Certains auteurs encouragent d'ailleurs les arbitres à appliquer le « *droit européen des contrats* »[549].

L'arbitrage prend la forme d'un contrat conclu entre les parties au contrat litigieux et l'arbitre ou le tiers expert. L'arbitre est un « *prestataire contractuel de services* »[550] qui engage sa responsabilité s'il ne respecte pas ses obligations, notamment en matière de délais[551]. La Commission européenne favorise donc ici la formation du contrat de prestation d'arbitrage en sous entendant la possibilité de recours aux modes alternatifs comme une condition de l'exemption. Cette stipulation contractuelle a d'ailleurs la particularité de conserver son indépendance vis-à-vis des autres clauses[552].

La Commission peut être alors perçue comme portant atteinte à l'organisation judiciaire des États, ce dont elle se défend en précisant qu'elle ne porte pas « *préjudice du droit de saisir une juridiction nationale* »[553]. Elle ne fait qu'intervenir dans le contrat et pas dans l'organisation judiciaire. Elle est critiquable sur ce point puisque la pratique aidant il est certain que de nombreuses affaires trouveront une solution devant l'arbitre, non pas pour la

[547] Sur l'étendue du contrôle du juge sur la procédure suivie par les arbitres lors d'un arbitrage international : CA Paris, 1er juill. 1999.

[548] Cass. 1er civ., 28 nov. 2007 ; J. PAILLUSSEAU, « Arbitrage: Le choix entre le droit et l'équité », *JCP éd. E*, n°1, 5 janv. 2006.

[549] B. FAUVARQUE-COSSON, « L'arbitre et le droit européen des contrats », *RAE* 2005, n°2, p. 271. : L'arbitre peut être porteur de l'application de codifications doctrinales du droit européen des contrats.

[550] F.-X. TRAIN, « L'arbitre, prestataire de service juridictionnel », *Lamy dr. civ.*, avr. 2006, n°26, p. 14.

[551] Cass. civ. 1ère, 6 déc. 2005, *CTS JULIET* c/ *CASTAGNET*, note G. CHABOT, « Engagent leur responsabilité civile les arbitres qui laissent expirer le délai d'arbitrage », *JCP éd. E*, n°8, 23 févr. 2006 ; *RJDA* 2006, n°6, p.655.

[552] Cass. civ. 1ère, 30 mars 2004, *SARL UNI-kod c/ Sté OURALKALI*, note G. CHABOT, « Appréciation de l'existence et de l'efficacité d'une clause compromissoire », *JCP éd. E*, n°45-46, 4 nov. 2004 ; *JCP éd. G* 2004, II, 10132.

[553] Article 3. 6, du règlement n°1400/2002.

qualité de celui-ci, mais parce que la partie la plus faible du contrat d’arbitrage préférera ne pas ester en justice alors qu’elle subit déjà la procédure d’arbitrage.

CONCLUSION CHAPITRE 1

171.- Ce chapitre 1 montre comment le droit de la concurrence a pénétré le droit des contrats pour lui ajouter une strate d'obligations destinées à prévenir les dérives anticoncurrentielles dans les rapports constructeurs/concessionnaires. Ces mesures relatives à la durée, à l'extinction et au règlement des litiges du contrat sont opportunes bien qu'elles soient perfectibles. Notamment pour ce qui est de la dualité des formes contractuelles (CDD et CDI). Elles sont une protection contre les attitudes anticoncurrentielles du constructeur qui souhaiterait punir les concessionnaires multimarques ou vendant beaucoup à l'étranger.

Toutefois, si protéger le distributeur est nécessaire, il ne faut pas non plus faire supporter de charges trop lourdes au fournisseur. Mettre fin au contrat permet au fournisseur d'adapter les mesures contractuelles à la conjoncture et lui permet de mener une politique commerciale évolutive (modernisation des réseaux, renouvellement des équipes de vente).

Aussi, le régime du rééquilibrage des modalités d'exécution du contrat semble adéquat dès lors que, sans organiser une protection excessive, il organise une protection efficace.

172.- Relevons toutefois que les modes alternatifs de règlement des litiges sont fréquents dans les contrats d'une telle importance et même sans le règlement n°1400/2002 ils seraient sans doute utilisés. D'autant plus que les distributeurs automobiles sont plus qu'auparavant des entreprises importantes, détenant plusieurs concessions. Elles sont par conséquent bien conseillées et n'attendent pas après la Commission européenne pour employer les modes alternatifs de règlement des litiges. L'intérêt de cette condition de l'exemption des accords de distribution automobile est donc très relatif. D'ailleurs, pour certains auteurs ces dispositions sont « *assez éloignées des réalités du terrain* »[554] *« car le règlement ajoute les coûts et les délais de la justice privée à ceux de la justice ordinaire »*[555].

D'autres dispositions du règlement 1400/2 002 semblent en revanche moins déranger, notamment lorsqu'elles ont pour objet d'équilibrer le contrat à travers les modalités d'action du distributeur.

[554] L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°414).

[555] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42).

CHAPITRE 2

L'ÉQUILIBRE À TRAVERS LA LIBERTÉ DU DISTRIBUTEUR DE CÉDER LE CONTRAT DE DISTRIBUTION

173.- Le concessionnaire automobile est le titulaire du fonds de commerce qu'il exploite. À ce fonds sont attachés des éléments d'actifs corporels et incorporels, une clientèle, des contrats de travail et le contrat organisant la distribution de la marque automobile. Or ce dernier est un des éléments principaux du fonds de commerce, car il permet d'attirer la clientèle. Pour que le fonds ait une valeur lors de la revente il faut donc que le concessionnaire puisse céder le contrat de distribution, contrat qui n'est pas *intuitu personae*[556].

Pourtant, ce caractère lui est fréquemment attribué par les clauses contractuelles qui affirment la prise en considération du concessionnaire. Ainsi, deux clauses ont sensiblement le même effet. D'une part peut être introduite dans le contrat une clause stipulant *l'intuitu personae*. Elle a pour conséquence le nécessaire agrément du cédé lors de la circulation du contrat. D'autre part peut être introduite une clause d'agrément, ce qui sous-entend *l'intuitu personae* du contrat. Dans les deux cas, la cession doit être agréée par le constructeur automobile[557].

Participant du souhait de la Commission européenne de limiter les risques de disensus et de favoriser les distributeurs dans la gestion de leur entreprise, le règlement n°1400/2002 prévoit alors qu'un concessionnaire peut céder son entreprise et donc les éléments qui y sont attachés à tout autre distributeur du réseau et sans agrément préalable du constructeur. Les accords verticaux contiennent donc désormais une telle clause d'agrément donnée par

[556] Cass. Com., 3 juin 1982 : pour la transmission du contrat de concession indépendamment de la cession du fonds de commerce; CA Colmar, 3 févr. 1988, *RTD Civ.* 1989, p.79, obs. J. MESTRE : pour la cession du contrat de concession en même temps que la cession du fonds de commerce.

[557] Un temps exclue des contrats *intuitu personae*, la cession a par la suite été admise sous condition que le cédé donne son agrément : Cass. civ. 7 janv. 1992, *D.* 1992. somm. 278 ; Cass. Civ. 1ère, 6 juin 2000, *D.* 2001.1345.

anticipation[558]. Le feu vert du constructeur n'étant plus nécessaire, la Commission écarte les risques de refus abusif d'agréer et les distributeurs peuvent accélérer ce type d'opérations sans attendre la décision de la tête de réseau. Le constructeur peut toutefois imposer au contrat une obligation d'information relative à l'intention du distributeur de céder dès lors que cela ne retarde pas l'opération[559]. Au demeurant, il n'est pas gênant que le cédant fasse lui-même l'objet d'un préavis de résiliation dès lors que la cession de contrat ne modifie pas l'échéance et que le cessionnaire en a connaissance[560].Cette disposition n'est pas contradictoire avec le droit français qui impose cet agrément[561]. La différence est qu'il est donné par avance.

L'agrément dont le concessionnaire bénéficie dans le contrat constitue l'autorisation donnée par le constructeur de procéder à un changement de contractant et de voir ainsi le contrat de représentation de sa marque être transféré.

Au demeurant, peu importe que cette cession soit le fait d'un transfert du fonds de commerce du patrimoine de l'ancien concessionnaire au patrimoine du nouveau concessionnaire, d'une fusion[562] ou d'une cession d'actions. Il faut seulement distinguer selon que le contrat est transmis à un distributeur du réseau (Section 1) ou à un distributeur hors réseau (Section 2).

---

[558] Ainsi, l'article 4. 3, du règlement 1400/2002 dispose que *« l'exemption s'applique à condition que l'accord vertical conclu avec un distributeur ou un réparateur prévoie que le fournisseur accepte la cession des droits et des obligations découlant de l'accord vertical à un autre distributeur ou réparateur à l'intérieur du système de distribution et choisi par l'ancien distributeur ou réparateur »*.

[559] « Questions fréquemment posées », question n°20, p. 12, évoquant un délai raisonnable de 4 semaines.

[560] Brochure explicative, question n°65, p. 63.

[561] Cass. Com., 6 juill. 1999, *RJDA,* nov. 1999, n°1197.

[562] Cass. Com., 13 déc. 2005, *Sté GARAGE LOUSTAUNAU* c/ *Sté ÉTABLISSEMENT LAVILLAUROY*, *RTD com.* 2006 p. 429, « Fusion et changement de partenaire : les beaux jours de l'intuitus personae » ; note L. LEVENEUR, « Une fusion malencontreuse : le contrat n'était pas transférable de plein droit », *Cont. conc. consom.*, avr. 2006, p.13.

SECTION 1

LA TRANSMISSION A UN DISTRIBUTEUR DU RÉSEAU

174.- La transmission du contrat de distribution à un distributeur du réseau suppose de s'interroger successivement sur les conditions de ce transfert (§1) avant de préciser quand-est-ce que deux distributeurs appartiennent à un même réseau (§2).

§1. Les conditions de la cession de contrat

175.- Si le nouveau concessionnaire est déjà membre du réseau du constructeur, l'agrément est déjà donné par le concédant dans le contrat de distribution. Le règlement n°1400/2002 fait de cet agrément préalablement consentit une condition de l'exemption de l'accord vertical de distribution automobile. Cela s'explique par le fait que le nouveau concessionnaire est membre du réseau, il a donc déjà été sélectionné pour ses compétences par le concédant. Tout refus de l'agréer de nouveau serait alors arbitraire et abusif. De plus, le nouveau concessionnaire qui reprend l'exploitation est amené à exercer son activité dans des locaux qui ont également été sélectionnés par le concédant. La Cour de cassation admet ces clauses conventionnelles de cession qui permettent donc au bénéficiaire de la clause de céder son contrat sans renouveler cet agrément[563].

Par conséquent, l'antériorité du consentement empêche le cédé d'avoir connaissance de l'identité du cessionnaire. En l'absence d'obligation d'information sur celle-ci, il faudrait mettre à la charge du cédant une obligation découlant de l'article 1690 du Code civil. Cet article impose une information destinée au cédé sur le moment et les conditions de la cession de créances ou de dettes. Peu importe la forme, tout procédé d'information peut être utilisé. Cet article s'applique déjà à la cession de créances et à la cession de dettes. Bien que la

[563] Cass. Com., 6 mai 1997, *GOBET*, *D.* 1997, Jur. p. 588, note M. BILLIAU et C. JAMIN ; *Cont. conc. consom.* 1997, n°146, obs. L. LEVENEUR ; *RTD Civ.* 1997, p. 936, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997, p. 977, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1998, Chron. p. 25, par L. AYNES, et Somm. p. 136, obs. H. Le NABASQUE.

cession de contrat ne soit pas l'addition des deux, mais la cession par le cédant de sa position contractuelle auprès du cédé[564], cette obligation d'information semble souhaitable pour la sécurité juridique des relations[565].

Transmettre le contrat de distribution à un autre membre du réseau suppose toutefois de déterminer quand-est-ce que deux distributeurs appartiennent à un même réseau.

§2. Quelles limites pour le réseau ?

176.- Le règlement n'a pas défini les marchés automobiles ni dans leur dimension géographique ni de produit. Or l'on comprend la correspondance entre la dimension géographique du marché et l'étendue du réseau. Si les marchés sont considérés comme nationaux et que l'on constate que les réseaux de distribution suivent ces marchés, peut-on admettre que la clause d'agrément joue pour les cessions de contrat entre un distributeur français et un distributeur polonais ? Les marchés étant différents et l'organisation des réseaux étant différenciée (notamment en ce qui concerne les critères de sélection), les deux distributeurs n'appartiennent pas au même réseau et il faut en conséquence obtenir un agrément du constructeur pour la vente.

Ce n'est pas le sens que souhaite donner à cette mesure[566] la Commission européenne, mais c'est sans doute là dessus que vont jouer les constructeurs. Il y a là les limites de la non-définition par la Commission des marchés et la non-définition de la qualité de distributeur du réseau. La Commission aurait dû formuler autrement sa proposition en retenant la cession possible pour les distributeurs intracommunautaires et appartenant à un réseau de même type. De mêmes types, car un concessionnaire exclusif n'a pas a priori les qualités pour reprendre un distributeur sélectif.

Les entreprises liées à un membre du réseau sont réputées en faire partie[567]. De même, le constructeur peut limiter la cession de contrat d'un de ses partenaires à un autre de ses

[564] L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1983 ; M. BILLAU, « Cession de contrat ou délégation de contrat ? », *JCP* 1994, I, 3758 n, n°3 : qui nie la possibilité de céder le contrat.

[565] Sur ce sujet, v. notamment I. BOURUET-AUBERTOT, « La cession de contrat : bilan et perspectives », *D. aff.* 1999, n°156, p. 578.

[566] Il est certain que la Commission a voulu favoriser les rachats d'entreprises au niveau intracommunautaire. Cette mesure s'associe à la faculté d'essaimer des points de vente afin d'européaniser les flux et donc les marchés.

[567] Brochure explicative, question n°63, p. 62.

partenaires n'ayant pas la même qualité, par exemple d'un concessionnaire à un réparateur[568]. Il ne peut en revanche refuser la cession d'un distributeur à un autre distributeur d'un autre pays et même si les critères de sélection diffèrent. Cela paraît logique étant donné qu'un distributeur peut librement s'installer à l'étranger en application de la clause de localisation. Peu importe d'ailleurs que le distributeur du réseau qui reçoit le contrat fasse par ailleurs l'objet d'un préavis de résiliation[569].

Cette incitation à la création de distributeurs internationaux n'a pas eu les effets escomptés. Cela a « *entraîné, au contraire, une concentration des concessionnaires dans certaines zones locales, ce qui pourrait créer à l'avenir des problèmes pour les autorités de concurrence nationales* » [570] . Ce type de concentration horizontale [571] favorise le développement de groupes de concessionnaires locaux importants, ce qui est défavorable à la concurrence intramarques[572].

177.- Économiquement, cette libéralisation de la cession d'entreprises entre membres d'un même réseau a alors deux destinations. D'une part, c'est un moyen de favoriser le concessionnaire, souvent membre d'un groupe, qui peut ainsi plus facilement développer son entreprise. D'autre part, cette généralisation de l'agrément a pour effet de limiter davantage le constructeur automobile. En effet, le pouvoir d'agréer un repreneur est un pouvoir dont seul l'abus est sanctionnable[573]. Les constructeurs peuvent être tentés de ne pas donner leur

[568] *Ibid.*, question 10, p. 27.

[569] *Ibid*., question n°64, p. 63.

[570] Rapp. d'évaluation du règlement n°1400/2002, p. 12, disponible sur www.europa.eu.

[571] Les chiffres de la distribution automobile permettent de constater ce phénomène. La concentration des opérateurs s'effectue par une filialisation des distributeurs, mais aussi par une diminution du nombre d'investisseurs. La concentration des réseaux se traduit par un nombre issu du calcul suivant : le nombre de sites divisé par le nombre d'investisseurs. Cet indicateur de la concentration varie alors en France en 2006 entre 1.06 pour DAIHATSU et 7,018 pour RENAULT. Mais la majorité des grandes marques ont un coefficient de 1.5 à 2.6 sites par investisseurs. PEUGEOT et RENAULT sont les plus concentrés avec 4.13 et 7.18 sites par investisseurs. Cette concentration croissante est normale puisque les constructeurs demandent aux concessionnaires existants de reprendre les concessions des opérateurs sortants : source *LJA*.

[572] En Europe, le Royaume-Uni est le système le plus concentré avec 10 points de vente VN pour 100 000 habitants contre 35 en France et 30 en Allemagne. Au Royaume-Uni la concentration du secteur des concessionnaires en raison du marché peu expansif a précédé les effets de la nouvelle réglementation. Le problème en Allemagne est le fort manque de rentabilité des concessions. Celles-ci sont beaucoup trop nombreuses et sont déficitaires : 150 voitures vendues par concession en Allemagne contre 800 au Royaume-Uni : source *LJA*.

[573] Cass. Com., 3 nov. 2004 : « l'arrêt détermine souverainement le contenu du (..) contrat en retenant qu'il stipule l'impossibilité de céder le contrat sans accord préalable du concédant, dont le droit d'agrément est limité par l'abus ».

agrément à des cessions qui ne leur plaisent pas alors même que le distributeur cessionnaire a toutes les facultés pour reprendre cette entreprise.

L'agrément n'étant plus nécessaire au moment de la cession c'est une source de litige en moins. On sait que la politique de la concurrence de la Commission européenne intègre la notion selon laquelle les litiges entre opérateurs constituent un frein à la concurrence. Cela ralentit le mécanisme de la concurrence et paralyse des opérateurs pendant un certain temps. La Commission s'assure de plus que dans le secteur automobile les constructeurs, maîtres du réseau, ne puissent pas gérer à outrance la répartition des concessionnaires.

Désormais précisée la situation dans laquelle le distributeur souhaite transmettre le contrat à un membre du réseau auquel il appartient, il dès à présent aborder la situation dans laquelle cette cession se fait hors du réseau.

SECTION 2

LA TRANSMISSION A UN DISTRIBUTEUR HORS RÉSEAU

178.- Le concessionnaire cessionnaire ne fait pas partie du réseau de distribution. Cette solution est moins idéale pour le concessionnaire désireux de vendre, car le consentement du cédé est indispensable à la formation du contrat de cession.

Cette nécessité a été affirmée par deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 6 mai 1997[574]. Hormis les cas où la cession est autorisée par la loi sans agrément du cédé (cession de bail[575], contrat de travail[576], contrat d'assurance[577]…), le contrat de cession est un accord tripartite.

En pratique le successeur est souvent désigné par le constructeur, ça arrange tout le monde à moins que le concessionnaire ne se mette pas d'accord avec le repreneur.

Deux situations sont alors possibles lorsque le cédant souhaite céder le contrat de distribution: soit l'agrément est donné par le constructeur (§1) soit il ne l'est pas (§2).

§1. L'agrément n'est pas donné par le constructeur

179.- Deux raisons peuvent expliquer l'absence d'agrément du constructeur. Le constructeur ne l'a pas donné (I) ou bien le concessionnaire ne l'a pas demandé (II).

[574] Cass. Com,. 6 mai 1997, *GOBET*, *D.* 1997, Jur. p. 588, note M. BILLIAU et C. JAMIN ; *Cont. conc. consom.* 1997, n°146, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997, p. 936, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997, p. 977, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1998, Chron. p. 25, par L. AYNES, et Somm. p. 136, obs. H. Le NABASQUE.

[575] Article 1743 du Code civil: l'acquéreur d'un immeuble est lié par les baux passés par le vendeur.

[576] Article L. 122-12 du Code du travail: le cessionnaire d'une entreprise ou exploitation doit respecter les contrats de travail existant.

[577] Article L.121-10 du Code des assurances: le contrat d'assurance se transmet avec le bien assuré.

I. Le constructeur a refusé de donner l'agrément

180.- Le droit d'agrément est un droit discrétionnaire qui ne doit pas être exercé de manière arbitraire. Initialement, la jurisprudence n'admettait le refus d'agréer qu'en considération des qualités des repreneurs potentiels[578]. Désormais, l'agrément peut être refusé pour des motifs autres que les simples qualités du candidat[579]. Il faut donc différencier quels types de motifs sont admis : juridiques, économiques, concurrentiels et quelles en sont les limites. En effet l'intuitu personae entendu dans un sens civil se limite à la considération morale et physique de la personne. Mais l'ampleur du droit de la distribution y ajoute sans doute des critères techniques, commerciaux, financiers. Le droit de la distribution considère alors l'intuitu personae dans son acception économique.

181.- Il n'existe pas d'obligation de motiver son refus pour le concédant qui rejette une candidature. Cependant, la Cour de cassation a fait découler cette obligation de l'obligation contractuelle du concédant de procéder à un examen équitable et soigneux du projet de cession du concessionnaire. Il doit justifier son refus par des « *impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et doit en conséquence le motiver* »[580]. La Cour a créé, pour justifier une obligation, une autre obligation. Les concessionnaires ont alors tout intérêt à négocier dans les accords verticaux cette obligation d'examen équitable et soigneux. La Cour a toutefois fait une interprétation large des motifs en admettant le refus du concédant motivé par la situation de concurrence que causerait l'agrément. Elle admet la décision de la Cour d'appel de Lyon[581] qui valide le caractère discrétionnaire « *justifié par les impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes* ».

---

[578] V. par ex. Cass. Com., 21 oct. 1997, *D. aff.* 1997 ; Cass. Com., 16 mai 2000, *RJDA* 2001, n° 856, rappelant la nécessité non seulement de critères objectifs de sélection, mais aussi que leur application concrète ne doit pas être discriminatoire ni comporter des exigences disproportionnées.

[579] Cass. Com. 5 oct. 2004, Sté *ROVER FRANCE* c/ *MARINHO*, *Juris. auto.* 2004, p. 687; *Cont. conc. consom*., n°1, janv. 2005, note L. LEVENEUR *;* « Le contrôle du refus d'agrément d'un nouveau concessionnaire et de la résiliation consécutive du contrat de concession », *JCP éd. E*, n°15-16, 14 av. 2005, p. 669, note M. CHAGNY ; *D.* 2005, chron. p. 2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2005, p. 127 et p. 128, obs. J. MESTRE et B. FAGES; *RTD com.* 2005, p. 407, obs. B. BOULOC ; *RDC* 2005, n°2, p. 384, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

[580] Cass. Com., 2 juill. 2002, *Sté OPEL FRANCE* c/ *SARL AUTOMOBILE France FINANCE et A*., *D.* 2002, Jur. p. 93, note D. MAZEAUD ; *RTD com.* 2002, p. 494, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; *RTD civ.* 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Juris. auto.* 2002, p. 561 ; *D.* 2003, p. 2426, comm. D. FERRIER, « Le concédant peut choisir un concessionnaire de manière discrétionnaire, mais non arbitraire » ; « L'abus de droit commis dans le refus d'agrément à la circulation d'un contrat de distribution », *JCP éd. G*, n°6, 5 févr. 2003, II 10023, comm. par D. MAINGUY; *RTD com.* 2003, p. 359, obs. B. BOULOC.

[581] CA Lyon 17 mai 2001, *Lettre distrib*. 2001, n°12.

Pourtant, le caractère discrétionnaire est affaibli par cette même décision qui valide l'exigence de motivation du concédant de son refus d'agrément afin d'éviter toute action arbitraire. En l'espèce, l'obligation de motivation résulte du contrat et ne saurait être une exigence générale.

Dès lors, les concessionnaires ont tout intérêt à insérer ce type de clause exigeant un examen équitable et soigneux, car une obligation de motiver en découlerait. Il n'y a donc qu'un pas à faire pour affirmer une exigence générale de motivation en l'absence de toute clause. Or, cette obligation est d'autant plus critiquable que le concédant a la liberté du choix pour la sélection d'un nouveau concessionnaire[582].

Outre l'hypothèse dans laquelle le constructeur aurait refusé de donner l'agrément à la cession de contrat, il existe l'hypothèse dans laquelle c'est le concessionnaire qui n'a pas demandé au constructeur cet agrément.

II. L'agrément n'a pas été demandé par le concessionnaire.

182.- Le distributeur n'a pas demandé l'agrément, mais la cession a tout de même eu lieu. Or la Cour de cassation fait du consentement du cédé un élément essentiel de la formation du contrat de cession lorsque le contrat cédé est intuitu personae[583].

Deux situations ressortent de cela :

- Lorsque la cession de l'exploitation s'est opérée par une cession de fonds de commerce ou par une cession de titres, la situation est simple. Les juges reconnaissent que l'opération n'a pu avoir lieu et annulent l'opération.

- Lorsque la transmission de l'entreprise a pris la forme d'une fusion, un problème se pose. La fusion n'a pas pu avoir lieu juridiquement. Pourtant, la société absorbante et la société absorbée n'en ont pas tenu compte et cette dernière n'existe plus. Et bien que juridiquement la fusion n'ait pu avoir lieu, L'annulation de l'opération est impossible, les titres intégrés au patrimoine de la société absorbante ne pouvant réintégrer le patrimoine de la société absorbée puisque celle-ci n'existe plus.

[582] CA NIMES 25 janv. 1996, *D.* 1997, Somm. p. 53 ; Cass. Com., 7 avr. 1998, *D.* 1998, somm. p. 332, obs. D. FERRIER ; *Cont. conc. consom*. 1998, comm. 118, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO; *Juris. auto.* 1998, p. 420 ; *RTD civ.* 1999, p. 79, obs. J. MESTRE.

[583] *A contrario*, peut-on retenir que l'absence de consentement ne remet pas en cause la validité de la cession de contrat ? Auquel cas, l'effet relatif des contrats empêche le cédant de s'exonérer de sa responsabilité et reste tenu envers le cédé. Mais il peut se retourner envers le cessionnaire qui est tout de même tenu en vertu du contrat transmis.

Dès lors, la Cour de cassation a jugé que devait être appliqué à l'opération le régime du refus d'agrément[584]. Le contrat est rompu à la date de la transmission universelle de patrimoine et la responsabilité de la faute commise par l'absorbé est transférée à l'absorbante.

Cependant, plusieurs problèmes subsistent, car la procédure du refus d'agrément n'est pas si facilement transposable. La demande d'agrément (inexistante en l'espèce) est le point de départ du délai de réponse da la société, du délai d'expertise, du délai d'agrément automatique. De même, le droit de repentir du cédant est inapplicable, car il n'existe plus. Il va également y avoir un problème pour l'évaluation des titres, eux-ci ayant été réintégrés. Il faut donc les évaluer sans tenir compte de la valorisation due à l'absorption.

Dans la situation où le concessionnaire souhaite transférer le contrat de distribution à un distributeur qui n'est pas dans le même réseau que lui, deux cas de figure s'opposent. L'étude du paragraphe premier vient de préciser celui où le constructeur n'a pas ou n'a pas pu donné son agrément. Désormais, il faut étudier le cas où l'agrément a été donné.

§2. L'agrément est donné par le constructeur

183.- Une fois le contrat conclu, le régime de la cession de contrat doit déterminer si le cédant est libéré de ses obligations envers le cédé. La Cour de cassation donne à la cession de contrat le régime de la délégation « mutatis mutandis » en rendant en 2001 un arrêt au visa de l'article 1275 du Code civil.[585] C'est une solution que la Cour avait déjà exprimée dans un arrêt du 12 mars 1946 pour un litige relatif à la transmission des obligations actives et passives résultant d'un contrat synallagmatique[586].

Deux situations sont alors possibles, le cédé a libéré le cédant (I) ou bien il ne l'a pas fait (II).

---

[584] Cass. Com., 13 déc. 2005, *Sté GARAGE LOUSTAUNAU c/ Sté ÉTABLISSEMENT LAVILLAUROY*, *RTD com.* 2006, p. 429 « Fusion et changement de partenaire : les beaux jours de l'intuitus personae » ; *Cont. conc. consom*., avr. 2006, p.13, note L. LEVENEUR, « une fusion malencontreuse : le contrat n'était pas transférable de plein droit » ; CA Paris, 9 févr. 2006, *D.* 2006, p. 149, obs. A. LIENHARD, P. LE CANNU.

[585] Cass. civ. 12 déc. 2001 : « Attendu que la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation ».

[586] Cass. civ. 12 mars 1946, *JCP* 1946, II, n°3114. ; *D.* 1946, p. 268 ; v. sur ce sujet J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001, n°1050.

I. L'absence de libération du cédant

184.- L'application de 1275 du Code civil à la cession de contrat implique que le cédant ne soit pas déchargé de ses obligations envers le cédé à moins que celui-ci ne l'ait expressément libéré[587]. Au demeurant, toute délégation est présumée simple, ce qui signifie qu'elle n'opère pas novation. Le cédant reste donc tenu de ses obligations envers le cédé et le contrat est un accord tripartite. La cession parfaite est donc une cession avec une présence résiduelle de deux contractants tandis qu'une cession imparfaite a une présence résiduelle de trois contractants.

185.- Le fait que la circulation du contrat n'emporte pas automatiquement novation renseigne sur la nature exacte de la cession de contrat. Pour la doctrine majoritaire, cette cession de contrat n'est en réalité qu'une substitution de contractant dans une relation contractuelle[588]. Quant à la doctrine minoritaire, elle privilégie un transfert de contrat et non pas de contractant[589], ce qui a été admis par la Cour de cassation[590].

À cet égard, aucune de ces propositions n'est pleinement satisfaisante. En effet, dans les deux cas la cession ne permet pas de conserver un lien de droit entre le cédant et le cédé alors même que le cédant reste tenu contractuellement envers le cédé.

Si l'on substitue au cédant le cessionnaire dans sa position contractuelle, c'est bien que le cédant n'est plus tenu par un lien de droit avec le cédé. De même, si le lien unissant le cédant et le cédé est reporté pour unir le cédé au cessionnaire, il n'existe alors plus de lien contractuel avec le cédant. Comment alors expliquer que lors de la cession de contrat le cédant reste tenu contractuellement envers le cédé ?

Il est possible de considérer que la cession de contrat n'est ni une substitution de contractant ni un transfert du lien contractuel, mais une adjonction de contractant dans une

[587] Cass. Com. 12 déc. 1995, *D.* 1996, Somm. p. 333, obs. D. MAZEAUD : *« la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette »*.

[588] I. NAJJAR, « Clause de substitution et « position contractuelle » », *D.* 2000, n°42, Chron. p. 635 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., PUF, 2006, n°180 : *« ce que l'on cède n'est pas le contrat, mais la qualité de cocontractant… »*.

[589] J. GHESTIN, C. JAMIN, et M. BILLIAU, *op. cit.* (v. note n°586), Pour une substitution de contrat entre des partenaires successifs au sein d'un même contrat.

[590] Cass. civ., 3e, 19 mars 1997, *D.* 1997, Somm. p. 341, obs. P. BRUN ; *JCP* 1997, I, n°4030, obs. M. BILLIAU ; Cass. civ. 3e, 13 juill. 1999, *JCP* 1999, II, n°10208, note M.-C. PSAUME ; *D.* 2000, Jur. p. 195, note E. JEULAND, et Somm. p. 277, obs. O. TOURNAFOND .

position contractuelle. Cela explique que le cédant reste tenu envers le cédé par un lien contractuel. Le cessionnaire est également tenu par le même lien contractuel. La libération du cédant peut alors intervenir lorsque le cédé la déclare.

186.- Reste à savoir de quelle manière est responsable le cédant lorsque la cession n'est pas parfaite. En l'absence de libération, le contrat de cession n'est pas dénué d'effet juridique[591]. Le cédant est toujours tenu contractuellement envers le cédé, mais il peut se retourner vers le cessionnaire pour inexécution contractuelle. Effectivement, le contrat de cession oblige le cessionnaire à exécuter les obligations contractuelles du contrat de distribution.

Bien que le cédant soit toujours responsable face au cédé, il peut opposer au cédé la cession de contrat à laquelle il a consenti tant que la défaillance du cessionnaire n'est pas avérée[592]. C'est admis en matière de cession de dette dépourvue du consentement du créancier[593]. Dans tous les cas le cédant reste contractuellement lié au cédé en vertu du contrat initial. Il ne peut être tenu à l'égard du cédé en qualité de caution ou de garant du cessionnaire[594] sauf si le contrat de cession le stipule par ailleurs.

Désormais précisée la situation dans laquelle le cédé n'a pas libéré le cédant, il faut dès à présent aborder la situation dans laquelle la libération a eu lieu, peu importe qu'elle soit réalisée par anticipation ou bien expressément.

[591] Cass. Civ. 1ère, 2 juin 1992, *JCP* 1992, I, n°3632, obs. M. BILLIAU ; *RTD civ.* 1993, p. 122, obs. J. MESTRE ; *D.* 1993, Somm. p. 211, obs. P. DELEBECQUE.

[592] V. J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, 1ère éd., Economica, 2000, n°539.

[593] V. M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002, n°99.

[594]V. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.* (v. note n°586), n° 274.

II. La libération expresse ou par anticipation

187.- La déclaration du cédé doit être expresse[595], mais n'exige pas de condition de forme. La libération prévue par anticipation dans la clause d'agrément de l'accord vertical doit être analysée comme un terme prévu à l'obligation du cédant envers le cédé. Ce terme est alors la date de connaissance par le cédé de l'opération de cession. L'obligation d'information reprend alors tout son sens. Une fois le cédant libéré, le cédé ne pourra poursuivre que le cessionnaire en cas d'inexécution contractuelle.

188.- Pour contrer la clause d'agrément, les constructeurs automobiles peuvent cependant utiliser d'autres clauses. La tendance actuelle est à la concentration horizontale des distributeurs, mais aussi à l'intégration verticale. Les constructeurs reprennent en interne la distribution des véhicules qu'ils fabriquent. Une généralisation des clauses de préférence dans les accords verticaux permettrait alors d'obtenir un véritable droit de préemption lorsqu'un distributeur décide de céder son exploitation. Ainsi, le constructeur peut à chaque fois qu'un concessionnaire décide de céder son exploitation la reprendre en interne.

Parallèlement, le constructeur a tout intérêt à insérer dans le contrat de distribution, en plus du pacte de préférence, une clause lui permettant de se substituer un tiers dans l'opération de rachat de la concession. Ainsi, un tiers choisi par le constructeur peut au final reprendre l'entreprise cédée.

De cette manière, le constructeur a certes perdu le droit d'agréer les distributeurs faisant partie du réseau, mais il organise la mise en place du distributeur qu'il a lui-même choisi. Le cédant est donc bien protégé contre le refus d'agrément, mais c'est le constructeur qui au final a le pouvoir de choisir l'acquéreur. Il garde ainsi la maîtrise de son réseau de concessionnaires.

[595] Cass. Civ. 1ère, 17 févr. 1998.

CONCLUSION CHAPITRE 2

189.- La perte d'autonomie des distributeurs automobiles freine le processus concurrentiel, lequel suppose que les entreprises puissent être vendues ou rachetées facilement de manière à concentrer ou à déconcentrer les réseaux. L'étude de la disposition relative à la cession des contrats de distribution entre membres d'un même réseau fait ressortir deux points essentiels.

D'une part, l'agrément supposé donné au distributeur dès la conclusion du contrat ne contrarie pas la logique contractuelle. Tout au plus, et en l'absence d'obligation d'information du constructeur quant à l'existence de la cession, il faudrait mettre à la charge du cédant une obligation d'information du cédé découlant de l'article 1690 du Code civil.

D'autre part, il faut lire entre les lignes du règlement 1400/2002 pour savoir où se situent les limites du réseau de distribution. L'organisation par les constructeurs de l'écoulement des véhicules diffère pour chaque État membre. Pour autant, ces réseaux nationaux sont tous construits sur le modèle de la distribution sélective. Dès lors, le souhait de la Commission européenne d'intégrer les marchés nationaux en un marché unique laisse à penser que les cessions de contrats peuvent se réaliser, sans l'agrément du constructeur, entre membres sélectionnés. Peu importe qu'ils appartiennent à des réseaux nationaux différents puisqu'au contraire, cela va contraindre les constructeurs automobiles à harmoniser leurs exigences de sélection.

Ceci étant, dès le 1er juin 2013, le règlement 330/2010 prendra la relève du règlement 1400/2002. Le régime qui sera alors applicable ne prévoit rien quant à la faculté pour un distributeur de céder son entreprise à un autre membre du réseau. Soit, la Commission européenne estime que c'est une disposition inutile, auquel cas la volonté de simplifier la législation implique qu'elle ne soit pas renouvelée. Soit l'exécutif européen estime que cette faculté existe nonobstant toute disposition réglementaire. C'est cette dernière hypothèse qui a notre préférence. Quelle raison légitime un constructeur pourrait-il invoquer pour refuser cet agrément dès lors que le cessionnaire a satisfait les critères de sélection ? Refuser d'accorder l'agrément marquerait alors la mauvaise fois du constructeur, sauf à ce que celui-ci soit bénéficiaire d'un pacte de préférence. Un tel pacte intégré au contrat de distribution

permettrait au constructeur de reprendre la main sur cet accord et pourrait participer d'une stratégie, déjà observée[596], de concentration verticale des réseaux.

[596] V. Partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1.

CONCLUSION TITRE 2

190.- Le principe de la liberté contractuelle suppose le choix de son cocontractant, de la détermination du contenu du contrat, des modalités d'exécution des obligations, etc. Or, elle ne peut être absolue dès lors qu'elle doit s'articuler avec d'autres principes du droit, tel le principe de la libre concurrence. Et l'influence du droit communautaire de la concurrence en matière de droit des contrats se fait de deux manières. Soit au fil des principes généraux énoncés par les traités (avec par exemple les règles relatives à la libre circulation), soit au fil des nombreux textes de droit dérivé dont font partie les règlements d'exemption.

191.- Trois règlements automobiles successifs et trois tentatives de soustraire le concessionnaire automobile de l'autorité du constructeur. Tel est l'objectif de la Commission européenne pour sécuriser la position du distributeur afin de lui permettre d'avoir une attitude proconcurrentielle. Il apparaît en effet que c'est la place du constructeur dans la relation contractuelle qui d'une manière générale empêche l'européanisation du marché automobile. Celui-ci a toujours trop de poids et fige les initiatives de ses partenaires. Aussi le règlement n°1400/2002 ajoute au droit des contrats des obligations destinées non pas à équilibrer de manière absolue l'accord, mais à établir un déséquilibre idéal.

Pourtant, on croyait le droit des obligations préservé des influences communautaires[597] et notamment du *« tentaculaire droit de la concurrence qui ne cesse de renforcer son emprise sur la théorie générale du contrat »*[598]. Certains auteurs affirment d'ailleurs que *« ces dispositions n'ont absolument pas leur place dans un règlement d'exemption »*[599]. En disposant un régime civil du droit des contrats de distribution automobile que le droit des contrats ne connaît pas, il le modifie en créant des exceptions. Le droit de la concurrence se présenterait alors sous cet aspect comme une extension de celui des contrats. D'ailleurs, le droit de la concurrence pose des difficultés de classification, c'est un droit « transversal ». En

[597] C. J. BEER, « L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français », in *Mélanges TEITGEN*, 1984, p.1: *« Le droit des obligations est par nature au coeur même du droit privé. Refuge des valeurs morales et sociales de la collectivité nationale, il est peu perméable aux influences extérieures ; et, héritier d'une longue tradition juridique, il n'évolue que lentement. De plus, il n'est en principe nullement affecté par le Traité de Rome ».*

[598] J. MESTRE, « Chronique de droit des obligations », *RTD civ*. 1987, p. 307 ; Pour une des premières études poussées : M. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ*. 1990, n°3, p. 369 ; E. CLAUDEL, *op. cit.* (v. note n°27).

[599] L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°414).

effet, selon M. CALAIS-AULOY, *« la classification traditionnelle, fondée sur la nature des règles doit être combinée avec une classification transversale plus récente, dictée par la fonction des règles juridiques »*[600].

Cette influence du droit des contrats pourrait résulter non seulement du principe selon lequel les règles spéciales sont supérieures aux règles générales, mais également du fait de la proximité du droit de la concurrence avec l'ordre public.

192.- L'éviction d'une règle générale au profit d'une autre spéciale a souvent pour but de protéger l'intérêt général. Ainsi, il faut reconnaître que le droit économique a une vocation naturelle à influencer le contrat puisque celui-ci est le support des ententes anticoncurrentielles.

En matière de droit de la concurrence, la notion d'ordre public économique[601] légitime par conséquent l'intervention publique, au nom de l'intérêt général. L'ordre public peut donc être considéré comme la charnière de l'articulation entre le droit des contrats et le droit de la concurrence, dès lors que tout contrat conclu au mépris des règles internes ou communautaires est susceptible d'être annulé. Ainsi, le droit de la concurrence assume un rôle de limitation de la liberté contractuelle au même titre que l'ordre public économique.

Le doyen CARBONNIER a distingué l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Le premier *« n'a d'autres buts que de protéger dans certains contrats la partie économiquement la plus faible »*. Le second *« se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant tout ce qui pourrait contrarier cette direction »*[602]. Ainsi, la finalité du droit de la concurrence (la protection de l'ordre public) n'empêche en rien que les moyens employés pour l'atteindre relèvent du droit des contrats.

Il y a dans le secteur automobile un phénomène de protection de l'ordre public de direction par la protection de l'ordre public de protection, c'est ce qui ressort de la protection

---

[600] J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, *RTD civ.* 1994, p. 240.

[601] Cette expression a été employée pour la première fois en 1934 par G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélanges GENY*, 1934, T.II. La réflexion ébauchée par RIPERT s'est enrichie dans les années 1960 de nombreuses études. V. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, th. Dijon, LGDJ. 1963 et D. TALLON, « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit anglais et en droit français », in Mélanges SAVATIER, 1963, p. 883 ; puis les articles de R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.* 1965, chr. p. 37.

[602] J. CARBONNIER, *Droit civil*, T.II, n°115, p. 388. La distinction opérée entre ordre public de protection et ordre public de direction a été contestée. On a fait valoir qu'il existe souvent *« une interaction entre les objectifs économiques et sociaux d'une politique : c'est une affaire de degrés »*. P. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, 10e éd., Cujas, 1999.

de la concurrence par la protection des concurrents. C'est donc valablement que le droit de la concurrence ajoute au droit des contrats une strate d'obligations supplémentaires.

193.- Cela n'est pas en soi problématique, l'économie a toujours commandé une part du droit, même avant que n'émerge la branche particulière du droit économique. Ce qui est à redouter c'est que la nature de chaque droit s'efface au profit d'une logique étrangère. Et le règlement d'exemption automobile participe de cela puisqu'il modèle les contrats par une logique qui n'est pas la pure logique contractuelle.

Peut-être aurait été moins dérangeant un droit se limitant à interdire ce qui ne doit pas être dans le contrat. C'est d'ailleurs ce qui était faussement pressenti après l'adoption du règlement n°2790/1999 qui inaugurait une « *nouvelle génération* » de textes. Le texte de 2002 conserve donc des traces du passé en posant des conditions positives d'exemption. Ces traces sont toutefois amenées à s'estomper dés le 1er juin 2013, lorsque le règlement n°1400/2002 ne s'appliquera plus aux accords de distribution de véhicules neufs. Le recentrage du droit de la concurrence sur les règles générales fera perdre aux distributeurs le bénéfice des dispositions protectrices. Pour autant, faute de renouvellement systématique des accords, les clauses perdureront et devront alors être appréhendées sur le fondement du droit national. Il n'est pourtant pas si dérangeant qu'un régime spécifique protège davantage le concessionnaire automobile que ne le ferait le régime général dès lors qu'il est un distributeur plus dépendant que les autres.

D'ailleurs, le fait que les lignes directrices relatives au secteur automobile incitent les opérateurs à adhérer à un code de conduite illustre le souhait de la commission de voir les dispositions protectrices du distributeur subsister. *« Ces codes peuvent prévoir, entre autres, une période de préavis pour la résiliation d'un contrat qui peut être fonction de la durée de ce contrat, ainsi que des indemnités, en cas de cessation anticipée du contrat sans cause juste, pour les investissements propres à la relation contractuelle, réalisés par le concessionnaire et qui sont encore en cours, et un arbitrage en tant que solution de rechange au règlement des différends »*[603]. La Commission incite les fournisseurs à y recourir en précisant que l'adhésion à un tel code, le fait de le rendre public et d'en respecter les dispositions, sera un élément pertinent lors de l'analyse individuelle d'accords verticaux. Elle souhaite donc transférer aux acteurs privés la responsabilité de ce qui résulte actuellement d'un règlement communautaire d'exemption.

[603] Lignes directrices du règlement 461/2010, pt. n°7.

CONCLUSION PREMIÈRE PARTIE

194.- Si le règlement 1400/2002 constitue un aboutissement de la réglementation des accords de distribution automobile, cela ne l'empêche pas de se démarquer du règlement général pour lequel il constitue une spécificité. Effectivement, l'étude comparée de la réglementation automobile et de la réglementation générale des accords verticaux met en exergue la spécificité de la première. Outre le plan du droit de la concurrence, le règlement n°1400/2002 intéresse également le droit des contrats, ce qui lui donne une palette d'outils plus large que celle résultant du régime général.

Il faut alors remarquer que ce régime dérogatoire ne s'éloigne pas réellement du régime général sur le strict plan du droit de la concurrence. En effet, ce droit qui a vocation à supprimer les restrictions à la concurrence n'est pas d'une application fondamentalement différenciée entre le régime automobile et le régime général. Les distinctions que l'on constate sont dues à l'environnement économique particulier du secteur automobile que le régime général ne peut prendre en compte.

En revanche, tout en étant une continuité de la réglementation automobile, la véritable originalité vis-à-vis du règlement général se situe sur le plan du droit des contrats. Ce régime ajoute au droit des obligations de façon à rétablir un certain équilibre contractuel assurant l'autonomie de comportement du distributeur. Ce besoin de protection ne ressort pas du régime général 2790/1999 dans lequel toute mesure de protectionnisme contractuel a été bannie. Il faut en déduire que le distributeur n'est pas placé, *a priori*, du fait même de son entrée dans le réseau, dans une situation de dépendance économique. C'est cette situation de dépendance économique qui constitue la spécificité du secteur automobile et qui justifie l'existence d'un régime dérogatoire imposant un véritable cadre contractuel.

195.- Toutefois, le fait que des spécificités existent dans le secteur automobile justifie-t-il tout ? Le régime édicté par la Commission en réponse à la conjoncture économique particulière du secteur présente deux aspects.

Une part de ce régime répond directement aux pratiques anticoncurrentielles dans les contrats. Le règlement interdit certaines clauses dont l'objet ou les effets sont anticoncurrentiels. Cette part que l'on considère comme relevant spécifiquement du droit de la

concurrence ne soulève alors que peu d'interrogations auprès de la doctrine et ne semble pas contrarier.

L'autre part du régime répond indirectement aux pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être mises en œuvre. Le droit de la concurrence prévoit un régime civil spécial du contrat de distribution automobile destiné à prévenir un éventuel abus de droit. La doctrine est beaucoup plus critique à cet égard, car le risque est grand de voir le droit de la concurrence imposer des obligations nouvelles dénuées de toute logique contractuelle, comme cela a été identifié. La question qui se pose alors est de savoir si la Commission doit chercher à prévenir tous les abus.

Du reste, le règlement n°1400/2002 ne constitue pas qu'une simple réponse à la conjoncture économique particulière du secteur automobile. Ce texte a également pour objectif d'assurer un traitement concurrentiel optimal du bien automobile en tant que bien complexe intégrant des droits intellectuels et auxquels sont intrinsèquement liés des services de réparation et d'entretien.

PARTIE 2

UN RÉGIME RÉFÉRENTIEL DES BIENS COMPLEXES

196.- Comme souligné dans la première partie, un pan important du régime automobile constitue une simple réponse à la conjoncture économique du secteur. L'autre pan de ce corps de règles est en revanche une réponse à la nature complexe du bien automobile.

Les problématiques qui se posent en matière automobile ainsi que les solutions apportées par les règlements automobiles sont en effet transposables aux biens complexes en général. Le fait que ces biens intègrent de nombreux droits intellectuels en constitue des produits coûteux. Les actions de Recherche & Développement qu'il faut financer, la création d'un véritable réseau de producteurs chargés de réaliser les différents composants en font des biens onéreux : avions de tourisme, camions poids lourds, bateaux, matériels industriels, tracteurs et matériels agricoles, automobiles, motos… et dans une moindre mesure : matériels informatiques, électroménagers, HIFI, TV, téléphonie… Tant les professionnels que les particuliers sont par conséquent concernés par ces biens dont l'achat représente un poste budgétaire important, c'est dire l'importance des enjeux économiques liés à la mise en concurrence de ce genre de biens.

D'autant plus qu'à ces biens sont intrinsèquement liées des prestations de service devant, en raison de la haute technicité du bien, être réalisées par des professionnels. L'importance de l'après-vente dans le traitement concurrentiel des biens complexe est alors fondamentale.

Aussi, la Commission européenne a pris conscience du fait que la nature particulière des biens complexes devait être à l'origine d'un régime concurrentiel de l'après-vente qui lui soit adapté. Ce régime existe en matière automobile, découlant actuellement de plusieurs textes, à la fois généraux [604], spécifiques [605] et techniques [606]. Il opère alors un juste balancement entre les exclusivités commerciales et intellectuelles, assurant l'amortissement

[604] Règlement communautaire n°330/2010.

[605] Règlement communautaire n°461/2010.

[606] Règlement communautaire n°715/2007.

des investissements du constructeur et de ses distributeurs, et l'ouverture du marché nécessaire à la mise en concurrence des opérateurs de l'après-vente.

197.- Ce régime automobile constituant un référentiel pour l'édiction d'un régime plus large d'exemption des biens complexes s'intègre dans un ensemble de réglementations plus larges avec lesquelles il a un lien direct. Déterminer quel serait le régime adéquat pour les biens complexes ne peut par conséquent se faire qu'en considérant l'ensemble des régimes applicables à leur production et à leur distribution.

D'une part, la libéralisation du marché des services d'après-vente s'articule avec le traitement des places de marché électroniques qui sont devenues incontournables, tant en matière automobile que plus généralement pour la production des biens complexes. Ce sont des portails internet permettant de dématérialiser au maximum les rapports B2B[607] entre entreprises et permettant un gain de temps[608] conséquent dans la passation des marchés[609] ainsi qu'un gain d'argent par une réduction des actes administratifs[610], des coûts et des prix[611]. Ces plateformes électroniques sont une spécificité de la production des biens complexes dont la fabrication suppose la réunion au sein d'un réseau de production de nombreux équipementiers et sous-traitant disposant chacun de compétences technologiques de haut niveau. L'étude du traitement concurrentiel de ces plateformes et du traitement de l'après-

[607] Améliorant les relations entre professionnels l'activité des places de marché a été appelée le B2B ou Business To Business, par opposition au B2C ou Business To Consumer qui concerne les rapports entre professionnels et consommateurs.

[608] J.-P. MERIAU, « La stratégie e-commerce dans l'automobile », *Net-entreprises*. Auparavant la transmission des informations du constructeur vers l'équipementier de premier rang par les moyens existant (EDI) était plus longue. Le délai était le même afin que l'information soit ensuite transmise à l'équipementier de rang 2 et ce, à condition que celui-ci soit équipé du système EDI, coûteux pour les entreprises de faible taille. Jusqu'à présent, la communication dans l'industrie automobile était « structurée en un système linéaire et hiérarchique dans lequel les constructeurs avaient des interactions avec un nombre limité d'intervenants. Désormais, elle fonctionnera comme un véritable réseau permettant un contact direct entre des partenaires très divers ».

[609] Il faut différencier le B2B qui concerne les rapports entre professionnels du B2G (Business To government) qui concerne les rapports entre professionnels et administration.

[610] Etude McKinsey,Rapp. McKinsey Quarterly 2001 number 2, consultable sur *www.mckinseyquarterly.com*: BMW estime par exemple avoir réduit de 85 % la durée de sa chaîne d'approvisionnement par l'utilisation du B2B.

[611] L. BENZONI, « La place de marché est-elle proconcurrentielle ? », *At. de la conc.,* accessible sur *http://www.minefe.gouv.fr.* « La réduction des prix est la conséquence de la mise en concurrence élargie des fournisseurs grâce à une meilleure diffusion des appels d'offres ou des conditions de vente. Dans certains secteurs, elle a atteint près de 40 %. La réduction des coûts provient de la mise en ligne des systèmes informatiques afférents aux échanges. Celle-ci permet de baisser les coûts de la négociation et de la passation des contrats, de la facturation et du suivi des commandes. De façon générale, les coûts de transaction ont été réduits de 90 % ».

vente automobile va alors permettre de relever leur complémentarité dans la protection de la concurrence.

D'autre part, la libéralisation du marché secondaire de l'automobile, qui a notamment pour objet d'interdire au constructeur de limiter l'accès des équipementiers à ce marché, doit être analysée au regard de la réglementation applicable aux accords de production.

Effectivement, la pratique contractuelle contrecarre cette libéralisation. La politique de la concurrence résultant des règlements d'exemption de la Commission européenne est animée par une cohérence permettant aux textes de se répondre et d'interagir. En focalisant davantage son attention sur les restrictions verticales que sur l'accord de distribution, la commission européenne ouvre le champ d'application des règlements d'exemption, favorisant une approche holistique de la concurrence. La délimitation de ces champs peut dès lors s'avérer plus délicate, car matériellement moins évidente, d'où l'intérêt de textes de saft law exprimant comment la Commission européenne souhaite distribuer les régimes. C'est exactement le rôle de la communication de 1978 sur la sous-traitance qui coordonne l'application du règlement 772/2004 relatif aux accords de transfert de technologie avec le règlement général relatif aux restrictions verticales (complété en matière automobile par le règlement 461/2010).

198.- Mais, face à ce garde-fou qu'est la communication de 1978, la liberté contractuelle offre de nombreuses possibilités de contournement permettant aux constructeurs de limiter la concurrence sur le marché de l'après-vente. Et ces contrats permettant de limiter la concurrence ne sont pas les contrats de distribution, largement encadrés par les règlements d'exemption et dont tout écart est rapidement sanctionné, mais sont les contrats de production qui, n'étant pas nommés, laissent une plus grande marge de manœuvre aux constructeurs. Ils sont alors le siège de restrictions limitant l'accès des équipementiers au marché secondaire en qualité d'offreur indépendant. Les constructeurs automobiles limitent ainsi la concurrence sur le marché secondaire en agissant sur le marché primaire, ce qui marque donc les limites et l'insuffisance du régime applicable aux accords de production automobile.

En conséquence, l'étude en deux parties mettra en avant dans un premier temps la complémentarité du régime automobile et du traitement des places de marché électroniques (Titre 1), puis dans un second temps l'insuffisance du régime applicable aux accords de production de ces biens (Titre 2).

TITRE 1

UNE COMPLÉMENTARITÉ DU RÉGIME AUTOMOBILE ET DU TRAITEMENT DES PLACES DE MARCHÉ ÉLECTRONIQUES

199.- Les biens complexes ont cette particularité de nécessiter, pour leur fabrication et/ou leur utilisation, l'usage de droits intellectuels. Leur usage continu et prolongé engendre de plus des actions d'entretien et de réparation fréquentes[612] dont le coût est conséquent (40 % du coût total d'une automobile).

Ces services sont, du fait du haut degré de technicité des biens, inaccessibles à l'utilisateur final qui ne dispose ni des compétences ni des outils nécessaires à leur utilisation. Les constructeurs automobiles s'attachent alors à scléroser ce marché sur lequel ils réalisent la majorité de leurs marges par des exclusivités nées dans les accords de production automobile ou résultant des droits de propriété industrielle. Le traitement du marché de l'après-vente constitue par conséquent la pierre angulaire du traitement concurrentiel des accords de distribution des biens complexes.

Aussi, accroître efficacement la concurrence sur le marché automobile suppose d'accroître la concurrence sur le marché de l'après-vente. Le règlement n°461/2010 par son objet traite de cette particularité, mais il faut lui adjoindre d'autres textes communautaires (règlement 330/2010, règlement n°715/2007 ou de la directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 sept. 2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur…) afin d'obtenir un régime complet et cohérent.

Le régime des biens complexes tel que prévu par les règlements automobiles a vocation à libéraliser le marché de l'après-vente, notamment en ne permettant pas aux équipementiers d'origine d'y accéder. Ces derniers sont les fournisseurs du marché primaire

[612] D. FERRÉ et N. ÉRÉSÉO, *op. cit.* (v. note n°42) : Le règlement ne définit pas les « services de réparation et d'entretien ». Le terme « réparation » renvoie à la remise en état de fonctionner normalement d'un véhicule tandis que la notion d' « entretien » renvoie aux services préventifs se pratiquant sur un véhicule en état de marche. L'emploi du terme « et » tend à exclure du champ d'application du règlement les prestaitres de services d'entretien (exemple des entreprises de lavage automobile).

de l'incorporation des composants automobiles aux véhicules. Ils accèdent à ce marché par l'intermédiaire de places de marchés électroniques permettant à l'offre des fournisseurs et à la demande des constructeurs de se rencontrer. Ces places sont incontournables, elles permettent de mettre en relation tous ces opérateurs. De fait, le risque de voir des constructeurs sanctionner ou exclure sur ces places des équipementiers ayant une attitude procompétitive sur le marché secondaire est grand. Il est donc nécessaire d'encadrer en aval ces plateformes électroniques pour qu'elles ne soient pas le siège de telles restrictions de concurrence.

Aussi, il est nécessaire d'étudier dans un premier temps de quelle manière le droit de la concurrence s'assure que les équipementiers soient traités de manière égalitaire sur les places de marché électroniques, qu'ils aient une attitude procompétitive ou non sur le marché secondaire (Chapitre 1), pour aborder dans un second temps l'analyse du régime automobile consistant à libéraliser le marché des services d'après-vente (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

UN TRAITEMENT DES PLACES DE MARCHÉ ÉLECTRONIQUES GARANT DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES FOURNISSEURS

200.- Une place de marché électronique est un lieu de rencontre, de transaction et d'échange dématérialisé entre professionnels où se croisent l'offre et la demande[613]. Elle peut concerner la vente de produits finis ou de services destinés au fonctionnement de l'entreprise, mais également les biens intermédiaires de la chaîne de production. D'autres plateformes jouent un rôle de courtier[614] ou sont généralistes[615]. Elles sont d'une grande variété et assument différentes fonctions[616]. Elles agissent tout le long du processus de transaction entre un client et un fournisseur[617]. Certaines sont horizontales, elles permettent à des acheteurs de différents secteurs d'entrer en relation avec des fournisseurs communs. D'autres sont verticales ou sectorielles, elles mettent alors en relation les fournisseurs et acheteurs d'un même secteur (Covisint pour le secteur automobile)[618]. Ce sont ces dernières qui intéressent les rapports entre équipementiers et constructeurs automobiles.

---

[613] La concurrence croissante et les besoins d'échanges rapides d'informations des acteurs de la production automobile ont poussé les acteurs de la chaîne de production automobile à chercher des solutions nouvelles de communication. Les premières mises en œuvre furent les systèmes EDI (Échange de Données Informatiques). « *Ils avaient pour vocation de réduire les coûts de transaction en diffusant les documents sous format électronique. Ces systèmes permettaient aux grands acheteurs, notamment dans le secteur automobile ou aéronautique, de fédérer leurs sous-traitants en leur imposant des plates-formes à la fois dédiées et normées » :* L. BENZONI, *op. cit.* (v. note n°611).

[614] C'est le cas de la place de marché FREEMARKETS qui est ouverte aux acteurs économiques de différentes industries et qui met en place une communauté d'Décision entre les participants.

[615] Les places de marché généralistes s'adressent principalement aux PME afin que des entreprises différentes, mais ayant certains besoins communs puissent bénéficier des avantages de cette forme d'approvisionnement. Elles jouent alors sur le volume des transactions pour permettre la rencontre d'acheteurs et vendeurs de petite taille.

[616] L. VOGEL, « Les places de marché et le droit », *Conc. consom.* 2001, n°121, p. 9.

[617] O. ALLAL-CHERIF et M. FAVIER, « Le modèle économique des places de marché électroniques, du transactionnel au collaboratif », *Rev. fr. gest.* n°81, 2008. Le processus transactionnel entre un client et un fournisseur peut se décomposer de la façon suivante : 1) la préparation de la transaction, 2) la transaction commerciale, 3) la transaction prix, 4) la transaction physique, 5) la transaction financière et 6) le bilan qualitatif du processus transactionnel.

[618] T. PENARD, « Concentration / oligopolisation des marchés et politique de la concurrence. Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés internet ? », *RIDE*. 2006, n°1, p. 57.

201.- La classification des plateformes B2B est par conséquent fastidieuse et peu opportune pour la présente étude qui ne s'intéressera qu'aux places de marché individuelles[619]. Celles-ci sont privées et sont créées à l'initiative d'une seule entreprise. Désormais, chaque groupe automobile détient son propre « portail internet B2B »[620]. Mais certaines sont indépendantes, C'est à dire qu'elles sont créées par des entreprises distinctes de celles qui vont y adhérer[621].

Elles s'opposent aux places de marché collectives qui sont le fruit du rapprochement de deux entités juridiques distinctes. Une entreprise commune entre concurrents[622] ou entre entreprises d'une même filière voit alors le jour. Les premières créées dans le secteur automobile sont Covisint et SupplyOn[623]. Ces places de marché sont délaissées, car les risques de pratiques anticoncurrentielles inspirent la crainte. De plus, les économies d'échelles ayant motivé le projet de la place de marché Covisint par exemple ont laissé place à une certaine désillusion, celles-ci étant beaucoup moins intéressantes que celles espérées. Elles ne doivent donc pas être prises en compte.

202.- Les places de marché permettent essentiellement d'assurer des échanges d'informations dans le cadre des travaux communs et d'optimiser le processus de rencontre de l'offre et de la demande, notamment en facilitant l'accès des Petites et Moyennes Entreprises au réseau de fournisseurs du constructeur automobile. La conclusion d'accords de sous-traitance ou de fourniture est ainsi favorisée. De plus, les liens étroits entre tous les acteurs du réseau de production automobile résultant de l'obligation de coopérer nécessitent une

---

[619] Au demeurant, il n'a pas été traité de la création des places de marché collectives, qui, bien qu'ayant eu le vent en poupe au début des années 2000, sont plus rares aujourd'hui.

[620] Le B2B est défini par PSA (sur le site internet consacré au B2B : http://b2b.psa-PEUGEOT-citroen.com) comme *« le management des techniques et des nouveaux outils électroniques de communication du Groupe dans ses relations avec les Fournisseurs et Partenaires. Le B2B détecte, coordonne et développe ces techniques et ces outils, pour faciliter leur déploiement dans l'Entreprise et dans nos relations avec les Partenaires, en accompagnant le changement induit »* ; H.GUYOT et A.GENTES KRUCH, « Commentaire de la stratégie B To B de PSA PEUGEOT Citroën », *newsinvest.fr,* 22 mai 2002.

[621] Dans ce cas, cette plateforme n'est pas une opération de concentration. Seul le fonctionnement de la place devra être contrôlé par les autorités de la concurrence.

[622] Les places de marché horizontales sont donc créées à l'initiative des acheteurs eux-mêmes désireux d'améliorer leur approvisionnement : par exemple, la place de marché COVISINT a été fondée par GENERAL MOTORS, DAIMLER, CHRYSLER et FORD.

[623] F. SANTROT, « Les places de marché des grands comptes européens », *JDNet*, 8 sept. 2000. Le JDNet a recensé les principales places de marché sectorielles utilisées par les grands groupes européens. Près de 200 000 fournisseurs y sont reliés.

communication rapide. Les places de marché permettent cela en intégrant des standards de communication[624].

Ainsi, les fonctions des places de marché électroniques associées à la nature de la relation constructeur / équipementier font des plateformes B2B[625] le support d'une importante quantité d'informations et de connaissances[626]. C'est ce qui explique leur appréhension par le droit de la concurrence. Les autorités de la concurrence doivent donc identifier les risques anticoncurrentiels dont sont porteuses les places de marché. La place de marché est un lieu de rencontre entre offreurs et preneurs. Les constructeurs côtoient les équipementiers et contractent en utilisant les services proposés par la place. Le droit de la concurrence a donc vocation à encadrer ces deux facettes du fonctionnement de la place de marché, d'une part l'accès des fournisseurs à la plateforme (Section 1), d'autre part l'utilisation de la place de marché par ses membres (Section 2).

[624] A. DUMAS « Les standards B2B : lentement, mais sûrement », *Mag. enq.*, 7 nov. 2003 ; en France, le GALIA (Groupement pour l'amélioration de l'industrie automobile) unissant PSA et RENAULT a développé des standards communs pour les moyens d'échange de produits et d'information. http://www.galia.com ; lettre de la communauté des utilisateurs de progiciels de gestion, « SupplyOn est la première place de marché électronique à adopter la norme UAM d'Odette », Progisphere.com. : En Europe, en collaboration avec de grands constructeurs tels BMW, DAIMLER CHRYSLER, VOLKSWAGEN, PSA PEUGEOT CITROËN et RENAULT, ainsi que d'importants équipementiers parmi lesquels BOSCH, MICHELIN, SIEMENS VDO, Webasto et ZF Friedrichshafen, l'association Odette (association à but non lucratif d'industriels automobiles européens) a mis au point la première norme automobile européenne destinée aux portails interentreprises.

[625] V. Partie 1 titre 1 chapitre 1.

[626] E. BARREIRO, « Coordination des activités innovantes et transformation de l'industrie. L'exemple du common rail dans l'industrie automobile », *CAIRN,* 2005, n°22, p. 205.

SECTION 1

LES RISQUES CONCURRENTIELS RELATIFS À L'ACCÈS À LA PLACE DE MARCHÉ

203.- Si les internautes peuvent accéder au portail B2B d'un constructeur, seuls les fournisseurs peuvent accéder à la partie sécurisée du site qui nécessite l'identification du visiteur. L'accès à cette partie sécurisée du portail B2B d'un constructeur suppose l'acceptation par le fournisseur des conditions générales d'utilisation de la place de marché. Ces documents précisent les conditions d'utilisation techniques et juridiques d'utilisation de la place. Ce sont les modalités d'accès au portail, le régime de la confidentialité des informations échangées sur la place, le régime des responsabilités en cas de dommage lié à l'utilisation du portail…

L'adhésion à la place de marché peut être le siège de graves restrictions de concurrence. Les places de marché peuvent être ouvertes ou bien fermées, c'est-à-dire qu'il y a une sélection des participants. Dans ce cas, ce ne doit pas permettre aux propriétaires de la place d'établir des barrières à l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs ou d'en éliminer des préexistants. La fermeture de l'accès à la place empêcherait alors des acheteurs d'accéder à des fournisseurs ou des vendeurs d'accéder à certains marchés. Ce risque s'amplifie, car les places de marché, nombreuses au début des années 2000, se regroupent. Les alternatives à une place de marché spécifique sont donc de moins en moins nombreuses.

De même, l'acte d'adhésion est restrictif de concurrence s'il organise une exclusivité absolue. Les opérateurs ne pourraient alors accéder qu'aux partenaires présents sur la place, sans pouvoir accéder à d'autres places.

La protection de la concurrence nécessite donc un accès non discriminatoire à la place (§1). Il faut par ailleurs analyser l'exclusivité de l'adhésion à la place (§2).

§1. Un accès libre et non discriminatoire à la place de marché

204.- Assurer un accès libre et non discriminatoire sur les places de marché privées ne suppose pas pour autant qu'aucune condition ne doit être requise (I). De même, un accès libre et non discriminatoire ne suppose pas non plus qu'il soit accordé indéfiniment. Il reste possible de le suspendre ou de le limiter (II).

I. Les conditions d'accès à la place de marché

205.- Pour les places de marché publiques, la Commission met en avant le libre accès des tiers, dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficient les fondateurs. Pour les places de marché privées, la condition d'accès libre et non discriminatoire n'empêche pas la sélection des candidats à l'adhésion dès lors que cette sélection porte sur des critères clairement définis (A). Autrement la sélection peut constituer une barrière à l'entrée et non pas un simple refus (B).

A. Les critères de sélection

206.- Les critères de sélection doivent être « *raisonnables, objectifs et non discriminatoires* »[627] et peuvent être de deux sortes. Certains relèvent de la capacité de l'entreprise à assumer le type de contrats prévus (1). D'autres relèvent du paiement par l'entreprise de droits d'entrée ou de redevances (2).

[627] Comm. CE. 28 oct. 2002, « Autorisation de la création de la place de marché GF-X entre plusieurs compagnies aériennes », accessible sur www.europa.eu: *« La Commission européenne a donné son feu vert au projet de création, par Lufthansa, Air France, British Airways et Global Freight Exchange Limited, d'une entreprise commune dénommée GF-X Operations LimiteD. GF-X fournira une plate-forme commerciale électronique d'entreprise à entreprise (« B2B ») qui facilitera la vente des capacités de fret aérien entre les transitaires (les acheteurs) et les transporteurs (les vendeurs) de fret aérien »*. La Commission observe que peuvent accéder à la place de marché les entreprises remplissant des critères commerciaux raisonnables, objectifs et non discriminatoires et qu'en conséquence l'opération ne verrouille pas le marché.

1. Les critères tenant à la capacité de l'entreprise

207.- L'accès à une place de marché peut valablement dépendre de la satisfaction de critères, dès lors que ceux-ci sont objectifs et non discriminatoires. Ils doivent en outre être clairement définis[628].

Ils ont pour but de trier les entreprises ayant la capacité et la solidité financière nécessaires à la bonne exécution des contrats conclus sur la place. Le professeur VOGEL propose que les décisions rendues par la Commission en 1985 sur les bourses de Londres servent de guide d'interprétation pour la définition des critères d'admission[629]. Plusieurs types de critères ont à cette occasion été validés par la Commission. Ces critères pourraient être les suivants : les critères financiers ; les conditions d'expérience ; les conditions de formation ; l'exigence de l'appartenance à une structure garantissant la bonne fin des engagements pris ; les critères fondés sur la fiabilité ; les critères fondés sur l'existence ou le maintien d'un personnel qualifié[630] ; l'exigence de la preuve d'un intérêt durable dans la commercialisation des produits concernés.

Pour autant, rien n'empêche la place de marché de créer différentes catégories de membres en fonction du degré de satisfaction des critères et même en fonction du montant payé au titre du droit d'entrée.

2. Le paiement d'un droit d'entrée

208.- Telle la pratique existante dans les réseaux de franchise ou de concession, il est possible pour le maître de la place d'imposer au candidat le paiement d'un droit d'entrée. Ce droit d'entrée ne doit toutefois pas constituer une barrière à l'entrée sur le marché. Il doit être

---

[628] Dans la décision *COVISINT*, la FTC a réservé son appréciation dans la mesure où les conditions d'adhésion n'étaient pas encore définies. Dans la même décision et quelques mois plus tard, le Bundeskartellamt souligne le libre accès des tiers dans des conditions égales. Aucun avantage n'est accordé aux fabricants ou à certains fournisseurs. La décision précise que : L'accès à *COVISINT* sera techniquement possible sans grandes difficultés, de sorte que l'on ne peut pas percevoir de mesure de fermeture du marché : « Bundeskartellamt allows Covisint Internet platform to go ahead », 25 Sept. 2000, accessible sur www.bundeskartellamt.de.

Très concrètement, sur le site *COVISINT*, les participants apparaissent par ordre alphabétique sans ordre prioritaire en aucune façon. Les conditions d'utilisation de la plate-forme sont aussi, en conséquence, les mêmes pour tous. C'est une des conditions de validité requise par la FTC dans la décision précitée ;

[629] L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°616).

[630] La décision sur le marché du sucre détaille les critères de sélection : Comm. CE., 13 déc. 1985, *LONDON SUGAR FUTURES MARKET LTD*.

proportionné et non discriminatoire. Le montant de ce droit d'entrée devrait semble-t'il varier en fonction des services utilisés par le membre. L'utilisation du site peut également nécessiter le règlement de redevances régulières. De même, une Commission peut être exigée par la place de marché lorsqu'elle réalise une activité de centrale d'achat. L'acte d'adhésion doit stipuler clairement ces conditions financières d'exercice.

Le droit d'entrée peut également être masqué derrière les conditions relatives aux prés requis techniques. En effet, l'accès au portail nécessite l'utilisation de l'outil informatique. Si le portail est disponible sur internet avec l'utilisation d'un navigateur, peu onéreux et très rependu, d'autres applications peuvent faire l'objet de conditions techniques spécifiques. Ces conditions techniques doivent être communiquées précisément par le propriétaire de la place aux candidats. Les coûts relatifs à ces équipements, logiciels et services spécifiques de télécommunication sont à la charge du fournisseur. Dans ces conditions, le propriétaire de la place ne devrait pas imposer un outil informatique trop onéreux ou difficile d'accès, car cela aurait pour effet de restreindre l'accès des plus petites entreprises à ces marchés.

Il faut à présent étudier les conséquences sur le droit de refuser l'accès à une entreprise en l'absence d'alternative pour accéder à un marché.

B. Le refus de l'accès opposé à un fournisseur

209.- Refuser l'accès à une entreprise n'est pas condamnable dès lors que les critères fondant ce refus sont objectifs et non discriminatoires. Une justification objective semble valider le refus.

Souhaitant garantir un accès non discriminatoire la Commission européenne a demandé qu'une procédure d'appel soit instituée en cas de refus d'admission ou d'exclusion et que les décisions soient motivées[631].

Pour autant, est-il possible de refuser l'accès de la place de marché à un opérateur lorsqu'aucune alternative n'existe ? En effet, les places de marché sont d'un nombre limité lorsqu'il s'agit de marché de produits ou services spécifiques. La vague de concentration des places au cours des années 2000 n'a fait qu'augmenter ce phénomène. Dans le même temps, l'utilisation d'internet dans les relations entre entreprises s'est généralisée. Certaines places de marché sont alors incontournables lorsqu'un opérateur souhaite accéder à un marché. La place

[631] L. VOGEL, *op. cit*. (v. note n°616).

de marché incontournable aura une position dominante dont l'abus est sanctionnable. Cet abus est alors caractérisé par le refus d'accès. Ce refus a pour conséquence directe d'éliminer certains acteurs d'un marché et de renforcer la position dominante des entreprises déjà présentes dessus. Dans cette hypothèse, les autorités de la concurrence n'auront d'autres choix que de condamner le refus d'accès.

Cependant, tant que des voies de commercialisation traditionnelles existent il ne peut y avoir d'abus de position dominante. Mais si ces voies traditionnelles disparaissent, dans ce cas la théorie des infrastructures essentielles[632] pourrait s'appliquer[633]. Certaines ressources nécessaires pour opérer sur un marché sont dites essentielles ou infrastructures essentielles. Si une entreprise dominante en détient une, elle ne peut en refuser l'accès pour exclure un concurrent du marché ou faire obstacle à son entrée. Ce pourrait être le cas si un constructeur automobile refuse l'accès à toutes les entreprises concurrentes d'une de ses filiales. Un refus d'accès ou un accès à des conditions désavantageuses entraînerait une exclusion et renforcerait le pouvoir de marché des participants.

210.- Pour appliquer cette théorie, la situation doit satisfaire plusieurs conditions[634]. L'infrastructure doit être entre les mains d'une entreprise dominante. Son accès doit être « *strictement nécessaire ou indispensable pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole ou une position dominante* » ; l'infrastructure ne doit pas pouvoir « *être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère* » ; son accès, « *possible* », est cependant « *refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées* »[635].

Le caractère essentiel de la facilité ou de l'infrastructure doit être apprécié restrictivement. Il ne doit pas exister d'alternative pour le concurrent en raison d'obstacles « *techniques, réglementaires ou même économiques* » rendant « *impossible* » ou

[632] M. THILL-TAYARA et C. COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles » *Cont. conc. consom.* 1999, p. 4.

[633] La nature de l'infrastructure importe peu : infrastructure aéroportuaire : *Cons. conc.,* 3 sept. 1996, *HELI-INTER*, déc. n°96-D-51 ; ou de listes d'abonnés de téléphone CA Paris, 1er sept. 1998 : *Cont. conc. consom.* 1998, comm. 163, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

[634] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.* (v. note n°101).

[635] Cons. Conc., 22 mai 2002, n°02-A-08.

« *déraisonnablement difficile* » l'accès à cette ressource[636]. Il faut établir l'absence de « *solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses* »[637].

Les autorités de la concurrence auront donc à déterminer s'il est économiquement faisable de créer une alternative. Ce peut être la création d'une nouvelle place de marché ou l'utilisation de moyens traditionnels de communication. Si ces moyens permettent, sans surcoût rendant l'opération inopportune, de rencontrer des partenaires et de contracter, alors il n'y a pas de raison d'appliquer la théorie des facilités essentielles. Cela est conforté par le fait que des constructeurs automobiles, malgré leur appartenance à des grandes places de marché, ont créé leur propre portail internet[638]. Des alternatives existent donc pour eux. Quant aux équipementiers, la situation est différente. Ils n'on que peu de chances de réussir en créant eux-mêmes un portail internet et les places généralistes sont peu compétentes pour certains secteurs très techniques tel que le secteur automobile.

La suspension ou la limitation de l'accès à une place de marché est par conséquent problématique pour l'entreprise qui perd ainsi son portail d'entrée sur un marché.

II. La suspension ou la limitation de l'accès à la place de marché

211.- Généralement, l'accès au portail B2B peut être suspendu, temporairement ou définitivement par le constructeur. Il est possible d'identifier plusieurs causes à cela. Certaines sont le fait du constructeur qui ne peut assurer pour des raisons techniques l'accès au portail B2B (A). D'autres sont la conséquence d'une mauvaise utilisation du portail par le fournisseur (B).

[636] CJCE, 26 nov. 1998, *OSCAR BRONNER GMBH*.

[637] Cass. Com., 12 juill. 2005, *NMPP* (Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne), *JCP éd. E* n°47, 24 nov. 2005, 1701, note M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom*. nov. 2005, comm. n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2006, pan. p. 512, obs. D. FERRIER ; *D.* 2006, p. 2226, note R. BERTIN ; *Cont. conc. consom*., avr. 2006, p.25, note G. DECOCQ ; v. également Cons. Conc., 22 déc. 2003, *SOCIÉTÉ DES MESSAGERIES LYONNAISES DE PRESSE* et CA Paris, 12 févr. 2004.

[638] V. par exemple le site *www.b2b.psa-peugeot-citroen.com*.

A. La suspension ou la limitation de l'accès due à des problèmes techniques

212.- Deux situations doivent être distinguées :

- Il y a des problèmes techniques de fonctionnement du portail. Le constructeur devrait alors proposer un système alternatif et efficace permettant la poursuite de l'exécution de ses obligations par le partenaire. Il n'est toutefois pas de la responsabilité du constructeur le cas où le problème technique provient des réseaux. Nul ne peut garantir le bon fonctionnement de l'Internet dans son ensemble. En conséquence, il est généralement prévu dans les conditions générales d'utilisation de la place que l'administrateur n'assume aucune responsabilité en cas de mauvais fonctionnement de l'Internet (retard dans les transmissions ou tout autre dysfonctionnement).

- La maintenance du portail nécessite de mettre le portail hors service. Dans ce cas, le constructeur qui est au courant du besoin de procéder à des opérations de maintenance devrait en informer préalablement ses partenaires fournisseurs.

Mais la suspension ou la limitation de l'accès peut également être directement ou indirectement causée par le membre.

B. La suspension ou la limitation de l'accès due à la mauvaise utilisation du portail par le fournisseur

213.- Il est possible d'identifier plusieurs cas dans lesquels l'accès au portail peut être suspendu ou limité par le constructeur :

- Le fournisseur viole les conditions d'utilisation du portail. Dans ce cas, le constructeur doit pouvoir suspendre l'accès sans préavis et à tout moment. Dans l'idée de protéger l'utilisation du portail par le fournisseur il est parfois prévu dans les CGU le droit du constructeur de procéder à un audit réalisé par un tiers ayant pour objet de s'assurer que le fournisseur respecte les conditions d'utilisation. Cet audit ne doit pas contrevenir aux dispositions relatives aux clauses de confidentialité.

- Le lien contractuel unissant constructeur et fournisseur n'existe plus. L'accès à l'ensemble ou à une partie des services de la place de marché peut être limité. Toutefois, le fournisseur devrait pouvoir accéder au portail B2B afin de répondre à de nouveaux marchés.

- Le fournisseur n'a pas suffisamment protégé la confidentialité de ces identifiants et des tiers ont pu en faire une utilisation frauduleuse.

- Il y a un changement des « Conditions générales d'utilisation » de la place de marché et le fournisseur ne veut s'y soumettre.

Étant donné que ces CGU sont acceptées au moment de l'inscription, il faut s'interroger sur la faculté du constructeur de modifier unilatéralement ces conditions d'utilisation par la suite. Dans quelles mesures ces modifications s'imposent-elles au fournisseur ? Celui-ci ne devrait être tenu que par le texte qu'il a accepté. En effet, l'application de nouvelles conditions d'accès devrait être soumise à un accord préalable écrit du fournisseur.

Il est généralement prévu une procédure d'information des fournisseurs en cas de changement. Cette procédure peut consister en une information dans une rubrique spécifique du site internet B2B qui précise quelles sont les modifications effectuées. C'est peu satisfaisant, car cette information est passive, c'est le fournisseur qui doit faire l'effort de se renseigner. Mieux, il est parfois prévu qu'un mail soit envoyé à chaque fournisseur indiquant les modifications prévues ou effectuées. C'est un acte actif, mais ce ne peut être satisfaisant que s'il est demandé l'accord express du fournisseur.

Ainsi, si le fournisseur refuse d'appliquer les nouvelles conditions, deux situations sont à distinguer :

- Soit, la modification des CGU intervient alors que le fournisseur réalise une commande pour le constructeur. Leur relation contractuelle ne va pas s'interrompre à cause de la non-acceptation par le fournisseur des nouvelles conditions, les enjeux sont trop importants. La réalisation de la commande se poursuivra dans un flou juridique.

- Soit, la modification des CGU intervient alors que le fournisseur est membre de la plateforme B2B sans être chargé de la réalisation d'une commande. La non-acceptation des changements dans les CGU peut être une cause de rejet d'une candidature de l'équipementier à un nouveau marché.

À noter qu'en cas de résiliation, le fournisseur doit immédiatement arrêter d'utiliser la partie du portail B2B accessibles aux fournisseurs liés contractuellement au constructeur. Certaines obligations existent cependant après la résiliation. Ce sont les obligations liées à la confidentialité et à la propriété intellectuelle.

L'accès à la place de marché n'est qu'une source de restrictions concurrentielles en ce qui concerne l'acte d'adhésion à la plate-forme. En effet, même un accès libre et non

discriminatoire ne peut valider cet acte si celui-ci oblige l'adhérent à avoir une relation exclusive avec la place.

§2. Un accès exclusif

214.- La clause d'exclusivité[639] procure un avantage économique pour la place qui s'assure de la fidélité des membres. Elle a de plus pour effet de restreindre le risque de voir des entreprises devenir membre de la place pour obtenir des informations confidentielles sur les concurrents.

Cependant, les autorités de la concurrence apprécient avec méfiance ces clauses[640]. Il faut donc établir les conditions de licéité de la clause d'exclusivité (I) avant de voir comment cette clause est appréciée par les autorités de la concurrence (II).

I. Les conditions de licéité de la clause d'exclusivité

215.- La décision du Bundeskartellamt sur la plate-forme B2B Covisint suggère de respecter deux règles afin de valider la clause d'exclusivité contenue dans le contrat d'affiliation à la place[641]. Cette décision semble être inspirée du droit des groupements à l'achat ou à la vente[642].

Deux conditions de licéité de la clause d'exclusivité ressortent de cette décision[643] :

---

[639] V. C. PRIETO, « L'efficience contractuelle dans le droit de la libre concurrence (illustration par la clause d'exclusivité) », *RDC* 2004, n°3, p. 875.

[640] Par exemple, la Commission a autorisé la création de l'entreprise commune *INREON* en considérant, entre autres, que les membres étaient libres de participer à d'autres bourses électroniques : Comm. CE., 25 mai 2002, *INREON* : *« Les sociétés mères d'inreon, à savoir les géants mondiaux de la réassurance Swiss Re et Munich Re, ont notifié l'opération pour obtenir la confirmation qu'elle n'enfreindrait pas les règles de concurrence dans l'Union européenne. La Commission a conclu que l'opération notifiée ne restreignait pas actuellement la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité UE ».*

[641] Si le Bundeskartellamt allemand ne peut prétendre influencer les décisions de la Commission européenne, il reste une autorité de la concurrence faisant partie du réseau de la concurrence dont l'avis est important.

[642] L. VOGEL, *op. cit.* (v. note n°616).

[643] Comm. Bundeskartellamt, « Bundeskartellamt allows Covisint Internet platform to go ahead », 25 Sept. 2000, accessible sur www.bundeskartellamt.de : En effet, le Bundeskartellamt relève que « Covisint ne va pas passer des accords avec les fournisseurs directs ou indirects des fabricants qui obligeraient les fournisseurs à utiliser exclusivement ou principalement Covisint en tant que plate-forme B2B. Par ailleurs, Covisint ne peut pas interdire à un fournisseur de participer à d'autres plates-formes B2B et ne peut pas restreindre sa liberté d'utiliser, d'organiser ou de créer d'autres plates-formes ».

- La clause d'exclusivité ne doit pas restreindre la liberté des membres d'effectuer des transactions en dehors de la place de marché. Cette condition est illustrée en droit français par la décision relative à la société Tenor Conseil[644]. Le constructeur automobile Peugeot aurait imposé à ses fournisseurs l'utilisation de la place de marché Covisint sous la pression de celle-ci. La société Tenor Conseil n'aurait alors pas pu accéder à ces marchés. Le conseil a relevé qu'en l'espèce n'avaient été émises que des préconisations sans imposer la solution web-EDI.

- La clause d'exclusivité ne doit pas restreindre la liberté des membres d'adhérer à d'autres places de marché ou groupement. L'illustration en est la décision Volbroker.com[645] qui n'a autorisé la création de la place qu'en considération de l'engagement des entreprises fondatrices d'accepter que « *les courtiers traditionnels utilisent le système de Volbroker.com lorsqu'ils agissent en qualité de contrepartistes* ».

La clause d'exclusivité doit donc souvent être appréciée par les autorités de la concurrence qui diront si elle est ou non licite.

II. L'appréciation de la licéité de la clause d'exclusivité

216.- Si la clause d'exclusivité peut facilement être qualifiée d'anticoncurrentielle, certaines obligations de non-concurrence sont admises lors de la phase de démarrage des entreprises communes si elles sont nécessaires. Cette exception au régime de la clause de non-concurrence permet à une structure d'atteindre une taille critique lui permettant d'être en concurrence. Cela permet l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents en limitant les effets néfastes des structures installées.

Dans l'affaire Emaro[646], une place de marché horizontale pour la fourniture en matériel de bureau, la Commission a accepté qu'une banque allemande s'engage à s'approvisionner à hauteur de 68 % du total des achats sur la place de marché. La Commission a cependant posé l'exigence d'une durée maximale de trois ans pour la disposition litigieuse.

---

[644] Cons. Conc, 6 juill. 2004, déc. n°04-D-29, 6 juill. 2004, relative aux pratiques mises en œuvre par les sociétés PEUGEOT CITROEN Automobiles SA et COVISINT sur le marché des applications Web-EDI mises en place dans le secteur automobile.

[645] Comm. CE, 31 juill. 2000, *VOLBROKER*

[646] Comm. CE. 13 juill. 2000, *DEUTSCHE BANK/ SAP/ JV*.

217.- L'appréciation par la Commission européenne de la clause d'exclusivité se fait au regard du degré d'engagement prévu par celle-ci. La clause d'achat exclusif se retrouve fréquemment dans ces contrats. Il est possible de prévoir contractuellement qu'une part des besoins de l'entreprise adhérente à la place soit satisfaite par la place de marché. Il n'est cependant pas nécessaire de déterminer par avance le prix[647].

Dans un domaine voisin, la Commission européenne s'est prononcée sur la validité d'un groupement d'achat en commun au regard du droit des ententes[648]. L'association d'importateurs de soufre au Royaume-Uni exige que 25 % des importations réalisées par chaque adhérent transitent par le groupement. La Commission a décidé que cela constituait une entente, mais l'article 101§3 a toutefois été appliqué en considération des avantages résultant de l'accord. La proportion de 25 % a en l'espèce été déterminante.

À la considération de l'exclusivité partielle relative à l'engagement des membres en termes de parts d'activité, s'ajoute la considération de l'exclusivité temporaire relative à la durée de celui-ci. Un engagement d'exclusivité limité dans le temps est moins restrictif de concurrence qu'un engagement de toute la durée de l'adhésion à la place. Dans certains domaines la durée de validité de la clause d'exclusivité est limitée à 10 ans[649].

Quant à la violation d'une clause d'exclusivité par l'adhérent à une place de marché, elle peut être sanctionnée par une indemnité prévue contractuellement. Toutefois, une amende d'un montant identique à la Commission prise par la place de marché si elle avait géré l'opération semble opportune.

Ainsi encadré l'accès des entreprises au portail B2B, tout risque anticoncurrentiel n'est pas exclu. L'utilisation des services de la place de marché est susceptible, si elle n'est pas correctement surveillée, d'être le siège de graves atteintes à la concurrence.

---

[647] Depuis le revirement opéré par quatre arrêts en Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 1er déc. 1995 (Cass Ass Plén, 1er déc. 1995 *:* 4 arrêts*)* il n'est plus nécessaire de déterminer dans un contrat-cadre le prix dans les contrats d'exécution ultérieurs.

[648] Comm. CE., 9 juin 1989, *SULPHURIC ACID ASSOCIATION*.

[649] La loi du 14 oct. 1943 limite à dix ans la durée de validité des clauses d'exclusivité. Ce texte ne s'applique pas en l'espèce, car le champ d'application de cette loi porte sur les contrats transférant la jouissance d'un bien et non les contrats de Commission dont relèvent les contrats d'affiliation des places de marché.

SECTION 2

LES RISQUES CONCURRENTIELS RELATIFS A L'UTILISATION DU PORTAIL B2B

218.- L'utilisation du portail B2B doit être encadrée afin que la concurrence ne soit pas faussée par des fuites d'information ou des manœuvres portant préjudice à certains concurrents au bénéfice d'autres. Des règles générales sont alors édictées et incluses aux « Conditions Générales d'Utilisation » de la plateforme. Ces conditions correspondent aux règles que doivent respecter les entreprises accédant à la place de marché. Elles sont prévues par tous les types de places et sont relatives aux obligations que chaque adhérent doit respecter afin de protéger l'intégrité de la plateforme (protection contre les virus et bugs informatiques, protection des données confidentielles…). Il ne faut toutefois pas les confondre avec les conditions générales de prestation de service que prévoient certaines places de marché. En effet, certaines places sont dites marchandes, elles proposent à leurs membres des services dont les conditions d'exercice sont rassemblées dans ces conditions générales[650].

Le fournisseur accepte les conditions générales d'utilisation et assume les obligations qui en découlent. Il doit en respecter les dispositions ainsi que les lois et réglementations internes et internationales en vigueur applicables aux activités du fournisseur sur le Portail. En échange, le constructeur doit permettre au fournisseur d'utiliser le portail conformément aux dispositions des conditions générales d'utilisation qu'il a signées. Pour cela, tant le constructeur que le fournisseur ont une obligation de sécurité quant à son utilisation (§1). Cette obligation a pour objet de protéger la confidentialité des obligations échangées sur la plateforme B2B (§2).

[650] Sur les conditions générales de vente et de prestations de service : P. ARHEL, « Les conditions générales de vente », *Conc. consom.* 1993, n°74, p. 11.

§1. L'obligation de sécurité du portail

219.- L'obligation de sécurité porte tant sur la sécurisation du support informatique qu'est la plateforme B2B (I), que sur la gestion des personnes aptes à y accéder (II).

I. La sécurisation du support informatique

220.- La sécurisation du support B2B a deux facettes. Il faut d'une part protéger le site contre les risques informatiques tels que les virus (A). Mais il faut d'autre part veiller sur les éléments du site qui sot protégés par la législation sur les droits de propriété intellectuelle (B).

A. La sécurisation du support contre les attaques informatiques

221.- Les CGU d'une place de marché disposent généralement une obligation à la charge du fournisseur relative à la sécurité du contenu qu'il communique. Celui-ci ne doit pas endommager le support informatique (matériels informatiques ou logiciels).

En effet sont communes les clauses du genre « *chaque partie fera ses meilleurs efforts, dans l'usage qu'il va faire du portail B2B, pour ne procéder à aucune manipulation susceptible d'entraîner des virus…* ». Il s'agit en l'espèce d'une obligation de moyen (« *ses meilleurs efforts* »).

D'autres CGU peuvent au contraire disposer d'une obligation de résultat du genre : « *en aucun cas, le Contenu du Fournisseur ne doit contenir de virus… susceptible d'endommager le Portail ou de nuire à son bon fonctionnement* »[651].

[651] C. ARONICA, responsable juridique à la FIEV, Fédération des Industries des équipements pour véhicules, entretien du 19 janv. 2009 : Il est également fait référence à d'autres situations. Le contenu ne doit pas : *« être mensonger, inexact ou trompeur »* ; *« être mal acquis ou violer les droits d'un tiers »* ; *« enfreindre les lois et réglementations en vigueur »* ; *« contenir des éléments de harcèlement, des éléments préjudiciables, diffamatoires, violents, vulgaires, obscènes, haineux ou critiquables du point de vue racial ou ethnique, ou contraires aux bonnes mœurs, ou susceptibles de porter atteinte au respect de la personne humaine et de sa dignité, ainsi qu'à la protection des mineurs »* ; *« porter atteinte à l'image de marque interne et externe de Renault et du Groupe Renault »* ; *« enfreindre les dispositions des CAU »*.

222.- Réciproquement, l'administrateur de la place de marché a également une obligation de sécurité relative au contenu du site afin de ne pas endommager l'outil informatique des fournisseurs y accédant. Les CGU étant imposées par les constructeurs à leurs fournisseurs, la pratique veut que l'obligation soit une obligation de moyen du type : « *le constructeur fera ses meilleurs efforts pour que le Contenu du portail B2B ne comporte pas d'inexactitudes techniques ou des virus* ».

Si cette obligation de moyen est acceptable lorsque le fournisseur est lui-même débiteur d'une obligation de moyen, elle l'est moins lorsque celui-ci est débiteur d'une obligation de résultat. Il n'est pas satisfaisant d'avoir un tel déséquilibre entre les obligations de sécurité informatique.

D'autant plus que le constructeur automobile impose parfois une clause d'exonération de sa responsabilité pour le cas où un dommage est causé par l'accès au portail, qu'il soit direct ou indirect, sauf faute du constructeur. Étant une obligation de moyen il sera certainement difficile de prouver la faute du constructeur au cas où un virus endommagerait le système du fournisseur. De plus, cette faute ne peut pas être due à l'absence de contrôle du contenu informatique transféré par les fournisseurs, car les constructeurs précisent fréquemment qu'ils se désengagent de cette responsabilité. Cela signifie donc que si un virus est apporté du fait d'un fournisseur, le fournisseur tiers ne pourra pas se retourner vers Renault qui gère le site. Il pourra au mieux intenter une action s'il a subi un préjudice grave contre le fournisseur en faute. Il faudra pour cela qu'il soit identifié et que Renault communique sont identité, ce qui est peu probable.

223.- De même, des liens et renvois à d'autres sites internet existent sur le portail. Le constructeur précise généralement dans les conditions générales d'utilisation qu'il n'est pas responsable de leur contenu ni des dommages pouvant être causés par le contenu affiché sur ces sites internet ou accessibles par leur intermédiaire.

En revanche, les éléments affichés sur le portail B2B sont quant à eux protégés des atteintes que pourraient leur porter les membres de la place. Ainsi, le fournisseur ne doit pas porter atteinte aux éléments du portail B2B protégés par des droits de propriété intellectuelle.

B. La sécurisation des éléments du portail B2B protégés par les droits de propriété intellectuelle

224.- Le fournisseur ne doit pas porter atteinte au portail B2B. De nombreux éléments du portail sont protégés par la législation sur les droits d'auteur, par la législation sur les Dessins & Modèles et par la législation sur les marques. Ces éléments sont la propriété du détenteur du portail. Il peut également y avoir des éléments protégés appartenant au propriétaire du portail que celui-ci met à disposition sur le site.

Ainsi le fournisseur ne doit pas utiliser, reproduire ou communiquer à des tiers la propriété intellectuelle et les informations confidentielles, ou des droits y afférant, dont il aurait pris connaissance. Il ne doit pas permettre la divulgation ou la reproduction sans autorisation de tout ou partie du portail, des services ou des informations confidentielles échangées par son intermédiaire. Il ne doit pas permettre l'accès au portail ou un service, ou leur utilisation, par ou au profit d'un tiers. Le fournisseur ne doit pas non plus supprimer, masquer ou dégrader une mention de droit d'auteur, une marque ou des mentions de droits de propriété ajoutées ou contenues dans le portail et les services. Enfin, il n'est pas autorisé à créer des liens vers le portail ou créer sur d'autres sites internet des cadres utilisant des éléments d'information obtenus via les services ou s'y rapportant.

Toutefois, la protection du contenu du portail informatique auquel ont accès les membres de la place de marché ne peut être efficace que si un nombre limité de personnes est autorisé à y accéder.

II. La sécurisation des personnes accédant au portail B2B

225.- Afin de protéger l'accès à la place de marché et donc la confidentialité des échanges entre constructeur et fournisseur, il est généralement prévu dans les « Conditions Générales d'Utilisation » que sera limité le nombre de personnes pouvant accéder au portail B2B. Doivent alors être précisées les notions de « tiers administrateur » et d'« utilisateur autorisé ».

- Le « tiers administrateur » est un membre du personnel du fournisseur habilité à accéder au portail B2B et qui est en charge de l'administration des droits d'accès des autres membres du personnel. Il est responsable du contrôle des nouveaux « Utilisateurs Autorisés »

ainsi que des suppressions des « Utilisateurs Autorisés » conformément aux règles d'administration. D'ailleurs, ces règles sont rappelées par un document spécifique au portail Peugeot. L'adhésion d'un fournisseur au portail B2B Peugeot nécessite la signature d'un document nommé « *Mode de fonctionnement de « l'Administrateur de Sécurité Logique (ASL) tiers* » ».

- L'« Utilisateur Autorisé » est une personne physique, membre du personnel du fournisseur, autorisé par le tiers administrateur, à accéder au Portail et à l'utiliser dans le respect des CGU pour le compte de la société pour laquelle il travaille. Afin de garantir la sécurité de l'accès au portail, chaque utilisateur autorisé dispose d'un identifiant personnel et d'un mot de passe lui donnant accès au portail. Ces deux éléments lui sont communiqués par le tiers administrateur et sont strictement personnels. Étant donné que des données personnelles les concernant sont communiquées au constructeur, il dispose d'un droit d'accès, de modification, de rectification et/ou de suppression desdites données[652].

226.- Le fournisseur a alors une obligation d'information de son personnel habilité à accéder au portail. Il doit leur communiquer les obligations qui leur incombent en vertu des conditions générales d'utilisation de la place de marché.

De même, la responsabilité du fournisseur est engagée en cas de perte ou d'utilisation frauduleuse des identifiants et mots de passe. En conséquence, il a l'obligation d'informer le constructeur de toute utilisation frauduleuse de ses mots de passe, dès qu'il en a connaissance.

La clause de sécurité permet donc de protéger le portail B2B. Toutefois, protéger le support ne signifie pas protéger le contenu. Les membres de la place sont alors les gardiens de la confidentialité des informations confidentielles échangées et dont ils auraient pris connaissance.

[652] RENDINGER (de) A., « La protection des données personnelles », *Conc. consom*. Sept. Oct. 2001, n°123, p. 14.

§2. L'obligation de confidentialité

227.- Sur la place de marché sont concentrées de nombreuses informations confidentielles concernant la position des entreprises sur le marché[653]. La confidentialité de ces informations est la garantie de l'autonomie de comportement des entreprises[654]. En effet, les opérateurs d'un marché doivent s'adapter au comportement de leurs concurrents, mais ne doivent pas obtenir d'informations confidentielles influençant leurs décisions[655]. Il est donc stratégique pour une entreprise de tenir confidentielles les données essentielles de son activité[656]. Le respect de l'autonomie des opérateurs économiques est un principe fondamental du droit de la concurrence[657]. Les places regroupant des entreprises concurrentes sont davantage concernées par cette problématique[658]. Une obligation de confidentialité est alors mentionnée dans les conditions d'utilisation de la place de marché. En pratique elles disposent que l'obligation de confidentialité s'applique dés l'inscription ou dès la première connexion au portail, pour toute la durée de l'inscription et pour une durée de l'ordre de 5 ans après la désinscription.

Les informations transmises sur la place de marché par une entreprise ne doivent donc pas tomber entre les mains de tiers sous peine que son comportement sur le marché soit appréhendé par ceux-ci. D'ailleurs, la Commission européenne fait de la protection des informations confidentielles une condition d'appréciation très importante de la place de marché. Ainsi, la place de marché GF-X a été créée en considération (notamment) des mesures de protection des informations confidentielles qu'elle comprenait[659].

---

[653] Sont concernées les informations relatives aux prix, aux marges, aux parts de marché, à l'organisation de la production et au partage des marchés.

[654] M.-À. AFCHAIN, « Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents », *JCP éd. E* 2007, n°9, p. 25.

[655] CJCE, 16 déc. 1975, *SUIKER UNIE* c/ Commission ; CJCE, 8 juill. 1999, *ANIC*, *Rec.* 4125.

[656] B.-Y. SAINT-PAUL, « La confidentialité des places de marché B2B », *l'agora de la cybermercatique*, août 2001, *http://www.cyberstrat.net*.

[657] CJCE, 16 déc. 1975, *SUIKER UNIE* c/ Commission ; rappelé par, Comm. CE, 21 nov. 2001, *VITAMINES*, déc. n°C (2001) 3695, *Cont. Conc. consom*. 2003, comm. 77.

[658] M. MONTI, « E-marketplaces: new challenges for enterprise policy, competition and standardization », conference on 23-24 April 2001, in Brussels. Speech 01/98 § 1211.

[659] Comm. CE., 28 oct. 2000, *GF-X* ; de même, sur le cloisonnement des informations sur les places de marché : Comm. CE., 25 mai 2002, *INREON*.

Les échanges d'informations favorisent la coordination des comportements et la constitution d'ententes[660]. Si l'entreprise a participé à un échange d'information et même si elle n'y a pas donné de suite telle la pratique d'une politique commerciale, elle est présumée avoir adhéré à la concertation[661]. Dans ces conditions, il faut également relever le cas ou l'échange d'information est le fait d'une fuite sur la place de marché. Les informations concernant une entreprise peuvent être échangées à l'initiative d'un tiers y ayant accès. Dans ces conditions, il n'y a pas concertation.

Les autorités de la concurrence veillent à prévenir et à sanctionner les échanges d'informations avec des tiers, les places de marché accentuent simplement le risque. Elles veillent sur l'équilibre économique du marché en maintenant un degré suffisant de concurrence et en donnant aux entreprises les moyens d'activer la concurrence[662].

Il est alors judicieux d'étudier dans un premier temps comment les autorités de la concurrence apprécient les échanges d'information sur les places de marché (I), avant de voir dans un second temps comment les places de marché peuvent prévenir ces risques (II).

I. L'appréciation des échanges d'information sur les places de marché

228.- La confidentialité des places de marché suppose que soient strictement confidentielles toutes informations échangées dans et par le portail B2B. Les parties s'engagent à ne pas divulguer ou laisser divulguer à des tiers les informations confidentielles.

En économie, la transparence est l'un des facteurs de fonctionnement optimal de la concurrence[663]. Donc si la concurrence souffre des échanges d'informations, ils sont tout de même utiles à l'efficacité économique des entreprises. Ils ne peuvent alors être sanctionnés que s'ils portent atteinte à l'autonomie des opérateurs, c'est-à-dire s'ils favorisent la certitude

[660] P. WILHEIM et F. VEVER, « Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », *Cont. conc. consom.* mai 2006, p. 5.

[661] TPICE, 24 oct. 1991, *RHONE POULENC (POLYPROPYLENE)*, *Rec.* 867 ; TPICE, 15 juin 2000, *DES GRAPHITES*, *Rec.* 1711, p.232 ; CJCE 15 oct. 2002, *LIMBURGSE*, *Cont. conc. consom*. 2003, n°60, obs. S. POILLOT-PERUZZETO : la responsabilité d'une entreprise peut être retenue si elle a participé à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel, quelle que soit l'intensité de sa participation, en ayant connaissance de cet objet et même si ensuite elle n'a pas mis en œuvre les mesures convenues.

[662] M.-A. FRISON-ROCHE, « Droit de la régulation », *P. Aff.* n°110, 3 juin 2002.

[663] Selon la théorie néo-classique de Léon WALRAS soutenue dès 1879.

des opérateurs sur le comportement de leurs concurrents[664]. C'est une conception restrictive de l'illicéité des échanges d'information reconnue par la jurisprudence communautaire[665].

En conséquence, il faut dans un premier temps déterminer quels sont les échanges d'informations confidentielles concernés (A) avant de pouvoir évaluer leurs conséquences sur la concurrence (B).

A. La détermination des échanges d'informations confidentielles prohibés

229.- Le fournisseur ou le constructeur ayant accès à des informations confidentielles peut en disposer dans une certaine mesure. L'étendue de ce droit est strictement limitée à l'exécution du contrat. Les conditions générales d'utilisation disposent alors de ce type de clauses : « *L'ensemble des informations, données, documents, formules, plans, savoir-faire, idées ou tout autre élément qui feront l'objet des échanges entre le constructeur et le Fournisseur via le Portail, ou auxquels le fournisseur aura eu accès sur le site, ne pourront être utilisés par le constructeur et par le Fournisseur que dans le cadre de l'exécution de leurs obligations contractuelles* ».

Déterminer quels sont les échanges d'informations confidentielles prohibés suppose par conséquent d'étudier quand une information est confidentielle[666]. Il faut ensuite définir quand est ce qu'un échange se fait en dehors de la relation contractuelle existant entre le fournisseur et le constructeur. Cela signifie donc qu'il faut définir la qualité de tiers.

230.- La confidentialité d'une information. Les échanges d'informations sont en principe licites sauf lorsqu'ils altèrent l'autonomie des opérateurs. Cette altération de l'autonomie est présumée lorsque trois critères sont réunis[667].

---

[664] M.-A. AFCHAIN, *op. cit.* (v. note n°654).

[665] TPICE, 27 oct. 1994, *Rec.* CJCE 1994, II, p. 905, pt. n°91. La jurisprudence communautaire a souligné leurs effets en principe bénéfiques : *« La transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs »* ; la jurisprudence française ne reprend pas cette idée et décrit seulement les conditions dans lesquelles la transparence n'a pas d'effets anticoncurrentiels. Dans le même sens, Cons. conc., 5 oct. 2006, avis n°06-A-18, relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse.

[666] CH. GAVALDA, « Le secret des affaires », in *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 291 ; M. CREMIEUX, « Le secret des affaires », in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 457 ; D. PORACCHIA, « La protection juridique des secrets de l'entreprise », *Dr. et pat.*, sept. 2000, n°85, p. 20 ;

[667] TPICE, 27 oct. 1994, *Rec.* CJCE 1994, II, p. 905, pt n°89.

Premièrement, les échanges doivent porter sur des informations secrètes, nominatives et précises permettant de connaître la politique des concurrents[668]. Des informations n'ajoutant rien de déterminant aux informations déjà connues ne sont pas l'objet d'échanges d'informations illicites. Ne sont pas confidentielles celles qui sont ou qui vont devenir, sans divulgation frauduleuse de la partie bénéficiaire, publiquement connues. Ce sont les informations étant dans le domaine public avant la date de communication par la société émettrice ou qui y sont entrées postérieurement. Elles renforcent simplement la transparence naturelle du marché. La communication de la Commission datant de 1968[669] établit une liste des types d'informations pouvant être licitement échangés entre concurrents. Elle vise notamment les études de marché, les opinions et expériences, les statistiques ou schémas de calculs ou encore les accords de Recherche & Développement. De même, la jurisprudence a toujours admis la neutralité des échanges de mercuriales[670]. Une place de marché divulguant simplement des statistiques sur les volumes d'affaires pose peu de problèmes.

Si cette liste est quadragénaire, elle reste une ligne directrice de l'appréciation des échanges d'informations.

Deuxièmement, les informations doivent être d'actualité. Les échanges doivent être permanents et réguliers pour influencer pertinemment la politique commerciale et économique des opérateurs. L'échange d'informations concernant les exercices antérieurs est anodin.

Troisièmement, les échanges doivent avoir pour destinataires les principaux offreurs du marché en cause, « *à leur profit, et à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs* ». La transparence artificielle du marché qui est créé ne doit pas profiter aux autres acteurs.

---

[668] Par exemple, dans l'affaire des *Palaces parisiens* (Cons. conc. 25 nov. 2005, déc n°05-D-64, *PALACES PARISIENS*), les échanges portaient sur des informations nominatives sur leurs activités, les origines géographiques de leurs clientèles et enfin les éléments nécessaires à l'élaboration de leurs plans marketing. Dans l'affaire de la téléphonie mobile (Cons. conc., 30 nov. 2005, déc. n°05-D-65, *TÉLÉPHONIE MOBILE*), les informations étaient relatives aux volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes.

[669] Communication de la Commission européenne relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises : JOCE C 75, 29 juill. 1968, p. 3.

[670] Cons. Conc., 2 févr. 1999, n°99-D-08, relative à des pratiques mises en œuvre par l'Académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics ; Cons. conc., 6 juin 2003, avis relatif à l'indice du coût de la réparation automobile.

En définitive, selon la formule du Conseil de la concurrence, « *ce qui importe, c'est le lien entre la nature de l'information et la possibilité pour les opérateurs de surveiller l'impact de leur politique commerciale et celles de leurs concurrents* »[671].

231.- La qualité de tiers à la relation contractuelle. C'est une définition négative qui semble la plus opportune. Ainsi, le type de définition régulièrement employée dans les conditions d'utilisation d'un portail B2B est : « *Sont des tiers les entités ou personnes morales ou physiques autres que le constructeur automobile, les fournisseurs et les sociétés de leur groupe. Cela comprend toutes les entités, présentes ou à venir, contrôlées directement ou indirectement par le constructeur, le fournisseur ou une société de leur groupe. Sont comprises dans cette définition les entités détenues par une filiale de groupe à hauteur d'au moins 50 % du capital social* ».

Si l'on admet une telle définition de la qualité de tiers dans les rapports entre constructeurs et fournisseurs sur les places de marché, il faut poser certaines limites. Il n'est en effet pas acceptable qu'un constructeur puisse, dans le cadre de sa relation contractuelle avec un fournisseur, obtenir des informations sur celui-ci avant de les transmettre à une de ses filiales si celle-ci est une concurrente du fournisseur.

Par exemple, Peugeot, constructeur automobile, contrôle une filiale nommée Faurecia qui fabrique des pièces automobiles. Peugeot ne devrait alors pas pouvoir obtenir d'un de ses fournisseurs des informations confidentielles et les communiquer ensuite à sa filiale. La concurrence serait faussée, car Faurecia disposerait d'informations sur un de ses concurrents pouvant influencer son comportement sur le marché. Il faut donc que les conditions générales d'utilisation des places de marché disposent que le constructeur ou le fournisseur qui obtient des informations confidentielles d'un partenaire ne puisse pas les communiquer à une de ses filiales ou à la société qui le détient, dès lors que ce destinataire est un concurrent de son partenaire.

Il est généralement prévu que les parties s'engagent à ne communiquer les informations confidentielles qu'aux membres du personnel appelés à en prendre connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Dans ces conditions, chaque partie au contrat a une obligation d'information de son personnel et des autres entités ou personnes morales non tiers, du caractère confidentiel des informations dont ils ont connaissance.

[671] TPICE, 27 oct. 1994, *Rec.* CJCE 1994, II, p. 905, pt n°89; Cons. conc., 30 nov. 2005, déc. n°05-D-65, pt n°209 ; Cons. conc., 5 oct. 2006, avis n°06-A-18.

B. L'évaluation des échanges d'informations confidentielles

232.- Tant la structure du marché en cause que l'observation des effets anticoncurrentiels des échanges d'information sont de nature à modifier l'appréciation que se fait l'autorité de la concurrence :

- L'évaluation au regard de la structure du marché. Le niveau de concentration du marché est un indicateur du risque anticoncurrentiel lié aux échanges d'informations. La transparence sur un marché atomisé est positive tandis que la transparence sur un marché oligopolistique favorise l'harmonisation des prix ralentissant le libre jeu de la concurrence. Les échanges d'informations seront donc appréciés avec plus de dureté de la part des autorités de la concurrence sur un marché oligopolistique que sur un marché atomisé. Des échanges d'information sur un marché oligopolistique sont présumés altérer l'équilibre économique[672]. « *Un marché peut être qualifié d'oligopole*[673] *quand le nombre de firmes dans une branche est si faible que chacune doit prendre en considération les réactions de ses rivales pour formuler sa politique de prix* »[674]. La concurrence y est faible, les concurrents peuvent facilement adopter un comportement similaire qui déséquilibre l'adéquation entre l'offre et la demande. Les échanges d'information favorisent ces comportements, car ils accentuent la transparence.

- l'évaluation par l'observation des effets anticoncurrentiels des échanges d'information. Deux types d'échanges d'informations existent et chacun est apprécié différemment par les autorités de la concurrence communautaire[675].

Il existe tout d'abord les échanges d'informations ayant un objet anticoncurrentiel. La jurisprudence communautaire clarifie la situation sur ces échanges d'information, les arrêts sur les tracteurs[676] et les poutres en aciers[677] sont à cet égard instructives.

---

[672] Cela suppose au préalable la définition du marché pertinent qui dessine les contours de la concurrence potentielle : il s'agit d'un point important dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 sept. 2006, mais qui ne concerne pas directement le principe et l'appréciation de l'illicéité des échanges d'informations.

[673] La qualification de marché oligopolistique utilise les critères liés au petit nombre de concurrents, aux parts de marché des principaux d'entre eux, à l'homogénéité des produits, à la stabilité des positions individuelles et aux barrières à l'entrée sur le marché.

[674] D. FLOUZAT et C. PONDAVEN, *Les fonctions économiques*, *Économie contemporaine*, t. 1, 19e éd., PUF, 2004.

[675] TPICE, 27 oct. 1994, *Rec.* CJCE 1994, II, p. 905, pt n°49.

[676] CJCE 28 mai 1998, (2 espèces), *NEW HOLLAND FORD* v. Commission et *JOHN DEERE LTD* et *FIAT AGRI UK LTD*, *Rec.* CJCE 1998, I, p. 3111.

Ils sont par exemple supports d'une pratique anticoncurrentielle telle qu'une entente sur les prix ou une répartition des marchés[678]. Leur mise en œuvre restreint nécessairement la concurrence. Ces échanges sont réalisés pour atteindre un « *objectif* »[679] anticoncurrentiel et sont sanctionnés au titre des ententes ou pratiques concertées[680] ayant « *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché* »[681].

Le second type d'échanges d'informations concerne les accords qui n'ont pas d'objet anticoncurrentiel. La jurisprudence communautaire s'est prononcée pour la première fois sur les échanges d'information détachés d'une autre pratique anticoncurrentielle dans l'affaire John Deere appelée l'affaire des tracteurs anglais[682]. Elle a admis que les échanges d'informations ne doivent être sanctionnés que s'ils altèrent l'autonomie des opérateurs et si cela entraîne un déséquilibre économique du marché. Dans ces conditions, l'échange est sanctionnable que s'il a des effets anticoncurrentiels, c'est-à-dire si un déséquilibre économique est observé.

Il faut donc apprécier *in concreto* les effets des échanges d'informations et les qualifier d'anticoncurrentiels. Il faut déterminer si l'altération de l'autonomie des opérateurs sur le marché causé par l'échange d'information est contrebalancée par leurs effets bénéfiques sur la concurrence et définir si le marché et la concurrence s'en trouvent déséquilibrés. C'est le raisonnement des autorités communautaires.

233.- Les autorités françaises de concurrence, même si elles s'inspirent de la jurisprudence communautaire, n'admettent pas cette distinction et assimilent les deux types

---

[677] TPICE, 11 mars 1999, affaires *POUTRELLES* : P. ex. *NMH STAHLWERKE GMBH* ; *EUROFER ASBL* ; *ARBED SA* ; *SIDERURGICA ARISTRAIN MADRID SL*.

[678] Comm. CE, 21 nov. 2001, *VITAMINES*, déc. n°C (2001) 3695, *Cont., conc, consom*. 2003, comm. 77 ; CJCE, 7 janv. 2004, *AALBORG* ; Cons. conc., Rapp. pour 2005 p. 258 et s.

[679] L'objet anticoncurrentiel d'une entente désigne *« l'objectif »* ou *« le but poursuivi »*, Cons. Conc., Rapp. pour 2003, p. 57.

[680] CJCE, 14 juill. 1972, *IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES*, *Rec.* CJCE 1972, p. 619, pt. n°64. La qualification *« d'action concertée »* est utilisée en droit interne, et celle de *« pratique concertée »* en droit communautaire. Cependant, elles recouvrent la même pratique ; Rapport Cons. Concurrence pour 1980, p. 223, il s'agit d'une *« forme de coordination entre entreprises, qui sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence »*.

[681] Traité CE, article 81 et C. com., article L. 420-1

[682] CJCE, 28 mai 1998, *JOHN DEERE LTD* et *FIAT AGRI UK LTD*, *Rec.* CJCE 1998, I, p. 3111 ; TPICE, 27 oct. 1994, *Rec.* CJCE 1994, II, p. 905 ; Comm. CE, 17 févr. 1992.

d'échanges d'informations[683]. Les décisions récentes de la Cour d'appel de Paris relatives aux palaces parisiens ou à la téléphonie mobile[684] sanctionnent l'échange per se et non pas au regard de la structure du marché. C'est oublier leur mission de régulateur de la concurrence qui est de rechercher l'équilibre économique et donc de sanctionner le déséquilibre économique.

Dans l'affaire des palaces parisiens, l'objet est la réalisation de tableaux de comparaison par les entreprises à l'aide des informations échangées[685]. Les effets anticoncurrentiels et l'altération de l'autonomie des opérateurs ne sont pas démontrés. La détermination de l'objet anticoncurrentiel repose alors uniquement sur la structure du marché et la nature de l'information. L'échange est présumé illicite, car il a lieu sur un marché oligopolistique. Or caractériser l'illicéité nécessite l'observation d'un déséquilibre économique du marché[686].

Cette solution constitue un revirement de jurisprudence. L'arrêt de la même Cour d'appel du 9 décembre 2003 avait annulé la décision du conseil de la concurrence pour ne pas avoir démontré que l'altération de l'autonomie des opérateurs avait un effet néfaste sur la concurrence[687]. Dans cette espèce, la Cour d'appel avait considéré que « *le système d'information sur les prix pratiqués à la pompe entre les différentes stations-service sur autoroute, bien qu'ayant favorisé une mise en œuvre plus rapide des stratégies commerciales individuellement adoptées par les compagnies, ne traduit pas l'existence entre elles d'une concertation destinée à fausser les règles normales de la concurrence sur le marché concerné* ».

Il serait donc judicieux que les autorités françaises reviennent sur leurs pas et se conforment à la solution communautaire qui nécessite de démontrer l'effet anticoncurrentiel

---

[683] Cons. conc., 31 mars 2003, déc. n°03-D-17, relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes ; Cons. conc., 25 nov. 2005, déc. n°05-D-64, *PALACES PARISIENS* ; Cons. conc., 30 nov. 2005, déc. n°05-D-65, *TÉLÉPHONIE MOBILE* ; Cons. conc., 5 oct. 2006, avis n°06-A-18, relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse : E. CLAUDEL, Chron., *Concurrences* 2006, n°1, p. 129 ; « Faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? Ou la jurisprudence *JOHN DEERE* vue par un économiste », *Concurrences* 2006, n°3, p. 33, F. LEVEQUE ; P. WILHEIM et F. VEVER, *op. cit.* (v. note n°660).

[684] CA Paris, 26 sept. 2006, *Cont. conc. Consom*. 2006, comm. 226, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; « Caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations confidentielles périodiques sur un marché oligopolistique », *JCP éd. G* 2006, II, 10204, A.-L. SIBONY ; CA Paris 12 déc. 2006, *BOUYGUES TELECOM*, *JCP éd. E* 2007, 1179, obs. S. GRANDVUILLEMIN.

[685] Cons. conc. 25 nov. 2005, déc n°05-D-64, *PALACES PARISIENS.*

[686] M.-A. AFCHAIN, *op. cit.* (v. note n°654).

[687] CA Paris, 9 déc. 2003, *Cont. conc. consom.* 2004, comm. 44 ; *RJDA* 2004, p. 692.

pour sanctionner un échange d'information. Car un échange d'information entre concurrents peut être anodin.

L'échange d'information peut être souhaité entre deux concurrents, il peut également être la conséquence d'une fuite au sein de la place de marché. Un opérateur aurait accès à des informations sensibles d'un concurrent sans que ce dernier soit au courant. La place de marché doit alors se protéger de ce type de risques.

II. La gestion des risques liés à la confidentialité des informations

234.- Les places de marché B2B sont le lieu de passage de nombreuses informations sensibles. Il existe en conséquence un risque de fuite de ces informations au bénéfice des opérateurs du marché adhérent à cette place. Le responsable de la place a par conséquent une obligation de confidentialité relative aux données personnelles et aux données sur les produits et services utilisés. Il est responsable de la sécurité des informations. La Commission européenne dans la décision EC4EC[688] affirme que « *le développement de normes de sécurité destinées à empêcher que les informations sensibles du point de vue de la concurrence ne soient diffusées constitue l'un des grands atouts techniques de cette bourse* ».

La confidentialité des informations doit être garantie lors de l'hébergement sur la plate-forme ainsi que lors du transfert des informations. Les acheteurs et vendeurs ne doivent pas pouvoir accéder à la place de marché uniquement pour obtenir des données. Les places de marché font alors appel à des entreprises externes[689] garantissant les échanges commerciaux. Elles peuvent être labélisées[690]. Les places doivent être constamment sous surveillance afin d'éviter les fuites de données[691], notamment en cas de liquidation de la structure. En effet, si une place de marché collective telle que Covisint est liquidée, il faut s'assurer que les

[688] Comm. CE., 22 janv. 2001, EC4EC.

[689] V. GAUTRAIS, *« Labellisation des sites et protection des consommateurs : vision comparée »*, *Cont. conc. consom.* août-sept. 2001, p. 5. L'auteur relève le manque de confiance envers les sites internet et montre quelles sont les pistes à prendre en matière de labélisation.

[690] La place peut être labellisée selon une démarche officielle issue de la réforme de la loi SCRIVENER de 1994. Seuls les organismes habilités peuvent labelliser et la certification est maintenue par des audits réguliers et accordée pour une durée limitée de 3 ans. Cependant, nombre de places s'auto-labellisent.

[691] Dans ces deux cas rapportés par G. GAUTRAIS, *op. cit.* (v. note n°689), les sites s'interdisaient de revendre leurs fichiers clients. Toysmart, site malchanceux de vente de jouets, et disposant pourtant d'un label Truste, s'est empressé de vendre cet actif incorporel au moment de sa liquidation. Amazon, quant à lui, a changé de politique de gestion de ce fichier, sans prévenir personne.

administrateurs de la place n'aient pas d'intentions malveillantes à l'égard des informations auxquelles ils ont eu accès.

235.- Les risques se situent au niveau des tchat-room facilitant les ententes, mais aussi au niveau des fondateurs qui ont accès à l'intégralité des informations [692]. En conséquence, c'est le fonctionnement général d'une place de marché qui peut être contrôlé par les autorités de la concurrence. Dans la décision CFL,[693] la Commission oriente l'organisation et le fonctionnement de la place de marché. Elle s'intéresse aux conditions de publication en ligne des offres et des demandes, à la coopération des membres, à l'ordre du jour… la Commission envisage également la rédaction d'une charte éthique devant être acceptée par avance par les membres de la place.

Au sein des places de marché créées par plusieurs concurrents telles que Covisint[694], la confidentialité est importante. Chaque constructeur automobile ou chaque équipementier ne devait avoir accès qu'aux informations le concernant. Sur cette plateforme, les employés étaient soumis à une clause de confidentialité, chacun n'ayant accès qu'à un contenu limité d'informations. La Commission européenne dans la décision Volbroker.com [695] a relevé qu'aucun membre du personnel ou de la direction ne sera lié aux fondateurs. Les membres du personnel et de la direction ne travailleront pas dans les mêmes locaux que les fondateurs et les représentants de ces derniers au Conseil d'administration n'auront pas connaissance des informations commerciales. Les fondateurs n'auront pas accès au système informatique ; il faudra également s'assurer que le personnel et la Direction soient conscients de l'importance de la confidentialité des informations.

[692] Comm. CE., 31 juill. 2000, *VOLBROKER*: Sur ce point, il faut relever que la plate-forme VOLBROKER a été autorisée en considération de l'engagement des six grandes banques fondatrices de construire des barrières empêchant la fuite d'informations sensibles. les mêmes considérations sont intervenues dans la décision Inreon (Comm. CE., 25 mai 2002, Inreon). Cette place commercialisera un service de courtage électronique pour les opérations interbancaires d'options sur devises ;

[693] Comm. CE., 1 sept. 2000, *CFL NEX HOUSE/ JUPITER/SCUDDER* : plates-formes communes de réservation de titres de transport.

[694] Telle l'alliance sous forme de « joint-ventures » qui regroupe GENERAL MOTORS, FORD et DAIMLER CHRYSLER sous le nom de COVISINT et ayant donné lieu à une décision de la Commission européenne : Communiqué de la Commission européenne : Comm. CE., 31 juill. 2001, *COVISINT*.

[695] Comm. CE., 31 juill. 2000, *VOLBROKER*.

CONCLUSION CHAPITRE 1

236.- Ce premier chapitre consacré à l'étude du traitement concurrentiel des places de marché électronique montre que la nature complexe d'un bien a des conséquences plus importantes que ce que laisse supposer le règlement n°461/2010. Ce dernier se limite à appréhender ces biens, et spécifiquement le bien automobile, au stade de l'après-vente alors qu'il est nécessaire de traiter l'ensemble de la filière. Les relations sur les places de marché sont un aspect particulier de la fabrication de biens complexes que le seul traitement des accords de production ou de distribution ne peut cerner.

Pour autant la démarche n'a pas contribué à relever des insuffisances flagrantes dans l'application du droit de la concurrence aux plateformes électroniques. La jurisprudence ainsi qu'une application adaptée des règles générales suffisent à garantir un traitement égalitaire des équipementiers et sous-traitants, ce qui correspond à la volonté actuelle de recentraliser le droit de la concurrence sur ces règles générales. Par l'encadrement des places de marché, les autorités communautaires s'assurent ainsi que la démarche de libéralisation du marché de l'après-vente n'est pas faussée sur les places de marché par un traitement anticoncurrentiel des équipementiers ayant une attitude procompétitive.

237.- La véritable originalité du régime des biens complexe ne réside donc pas dans le traitement concurrentiel des places de marché, mais dans celui des exclusivités conventionnelles, nées des accords de distribution et de production automobile, et des exclusivités légales, nées des droits de propriété industrielle. La Commission européenne s'est attelée à rechercher le juste équilibre entre la protection de ces exclusivités, assurant l'amortissement des investissements commerciaux et intellectuels des opérateurs du secteur, et l'ouverture du marché des services d'après-vente, assurant à l'utilisateur final les bénéfices du jeu de la concurrence.

CHAPITRE 2

UN RÉGIME AUTOMOBILE LIBÉRALISANT LE MARCHÉ DES SERVICES LIÉS D'APRÈS-VENTE

238.- La problématique générale qui se pose en matière d'après-vente est de savoir comment le droit de la concurrence peut mettre en balance la protection des investissements, tant commerciaux qu'intellectuels, et l'ouverture du marché, afin d'en trouver un juste milieu à la foi proconcurrentiel et pro-innovant.

Derrière ces notions de protection des investissements et d'ouverture du marché, se dessine en fil rouge la volonté de la Commission d'atténuer la position centrale du constructeur automobile dans la fourniture de pièces de rechange d'origine. La chaîne de production et de distribution automobile est à l'image d'un sablier dans lequel chaque grain de sable, c'est-à-dire chaque pièce de rechange, passe du haut du sablier, c'est-à-dire de la production, au bas du sablier, c'est-à-dire la distribution, par un étranglement maîtrisé par le constructeur. L'exécutif communautaire souhaite libérer le passage de la production à la distribution en supprimant cet étranglement. C'est cette libéralisation qu'a réalisé le règlement n°1400/2002 et que le règlement n°461/2010 confirme.

De même, le marché a nécessité la régulation de la concurrence suite aux évolutions technologiques qui ont provoqué d'importants changements structurels. L'augmentation du nombre de droits intellectuels a permis la réservation aux constructeurs d'une part importante de la fourniture de pièces de rechange[696]. L'affaiblissement des monopoles légaux relatifs à

[696] Les pièces de rechange relevant du règlement 1400/2002 sont de manière générale définies comme *« des biens qui sont destinés à être montés dans ou sur un véhicule automobile pour remplacer des composants de ce véhicule, y compris des biens tels que les lubrifiants qui sont nécessaires à l'utilisation d'un véhicule automobile, à l'exception de l'essence »* (Article 1, 1, s).

Ne sont en revanche pas des pièces de rechange les éléments pouvant être montés sur autre chose qu'un véhicule couvert par le règlement 461/2010 (les lubrifiants, la peinture, les vis, écrous ou boulons…). Ces produits ne peuvent être considérés comme des pièces de rechange au sens du règlement que lorsqu'il est possible de prévoir avec suffisamment de certitude qu'ils seront utilisés pour être montés sur un véhicule automobile. Ainsi, un accord conclu entre un fabricant de vis et un magasin de bricolage n'entre pas dans le champ du règlement, même si le fabricant fournit les mêmes vis à un constructeur automobile ou aux garagistes. N'entrent pas non plus dans le règlement les accords ayant pour objet la fourniture de peinture ou de lubrifiants aux stations-service, aux grandes surfaces ou aux magasins de bricolage : Brochure explicative, question 2, p. 17, qui donne ces exemples. Par ailleurs, la pièce de rechange doit être nécessaire au bon usage du véhicule. Ainsi, ne constituent pas des pièces de rechange : les alarmes, les lecteurs CD, les « kits mains libres » pour téléphones

ces droits permet ainsi de stabiliser le marché. Une régulation efficace s'avère indispensable pour éviter que le pouvoir économique et les profits ne soient retenus par un monopole.

Le constructeur automobile est donc la cible de la Commission européenne, tant au niveau de ses investissements commerciaux qu'au niveau de ses investissements intellectuels.

Il faut par conséquent étudier comment le traitement concurrentiel de l'après-vente automobile a abouti à la réglementation de la concurrence par la négation des réseaux de distribution sélective (Section 1) puis comment ce même traitement est parvenu à réguler la concurrence par l'affaiblissement des monopoles intellectuels (Section 2).

portables, les systèmes de navigation GPS ou les porte-bagages. Ils peuvent toutefois constituer des composants automobiles si leur incorporation au véhicule s'est faite lors de l'assemblage du véhicule. Et les éléments nécessaires à leur réparation deviennent alors des pièces de rechange : Brochure explicative question n°95, p. 86.

SECTION 1

LA RÉGLEMENTATION DE LA CONCURRENCE PAR LA NÉGATION DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE

239.- La distribution sélective est le mode de distribution que les constructeurs automobiles ont eu la quasi-obligation de mettre en place pour constituer leurs réseaux d'après-vente, la distribution exclusive n'étant pas applicable en raison de parts de marché trop élevées[697]. Cela illustre bien la préférence de la Commission pour les critères qualitatifs, voire quantitatifs. Comparativement à la distribution exclusive, elle apparaît « *moins nocive pour le jeu de la concurrence puisque l'absence d'exclusivité territoriale favorise la concurrence intramarques, c'est-à-dire la concurrence entre les distributeurs qui ont été sélectionnés pour la commercialisation des produits de la marque, tandis que l'absence d'exclusivité d'achat favorise la concurrence intermarques, c'est-à-dire entre des fabricants ou des marques concurrents* »[698].

Toutefois, l'étude du régime automobile résultant du règlement n°330/2010, du règlement n°461/2010, des lignes directrices les accompagnant et dans une certaine mesure du règlement n°715/2007, permet de constater un phénomène de négation de ces réseaux de distribution sélective. Ces réseaux qui, bien que théoriquement affaiblis par le multimarquisme du règlement 1475/1995, retenaient toujours une part importante du marché de l'après-vente, ont été vidés de leur substance en 2002. Le régime actuel reconduit cela. D'une part, sont atténuées les exclusivités d'approvisionnement des distributeurs (§ 2), d'autre part les règlements automobiles ont perméabilisé le réseau de distribution sélective sur le marché de l'après-vente (§ 1).

[697] V. partie 1. chapitre 1.

[698] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°180).

§1. La perméabilisation des réseaux de distribution sélective

240.- Sans que cela constitue une quelconque nouveauté, tout membre d'un réseau de distribution sélective doit honorer les commandes passées par un utilisateur final, et notamment les réparateurs indépendants. Ce dernier étant un prestataire de service, il est lui même utilisateur final de la pièce de rechange, son approvisionnement auprès d'un réseau sélectif ne constitue donc pas une atteinte à son étanchéité.

En revanche, le réparateur qui s'approvisionne en pièces auprès d'un membre d'un système de distribution sélective ne peut revendre une pièce directement au consommateur. N'ayant pas la qualité d'utilisateur final, cela constituerait une atteinte à l'étanchéité du réseau de distribution sélective. En pratique cette ouverture du réseau est fréquente étant donné la difficulté pour le membre agréé de connaître la véritable destination d'une pièce.

Par conséquent, l'étanchéité du réseau est atténuée par les règlements automobiles qui assurent un approvisionnement optimal des réparateurs indépendants (I). Au demeurant, la tête du réseau, le constructeur, est également à l'origine de cette perméabilisation, les règlements automobiles ayant fortement atténué l'exclusivité de fourniture qui caractérise le contrat de distribution sélective[699] (II).

I. L'atténuation de l'interdiction de vendre hors réseau

241.- La Commission européenne a souhaité ouvrir le marché de l'après-vente automobile aux réparateurs indépendants. Elle a pour cela mis en place un dispositif obligeant les membres d'un système de distribution sélective à fournir aux réparateurs indépendants l'ensemble de la gamme de pièces détachées.

En effet, la Commission estime qu'il ne serait pas indiqué d'exempter des accords verticaux qui restreignent la vente de pièces de rechange d'origine ou de pièces de rechange de qualité équivalente par les membres du système de distribution à des réparateurs indépendants qui les utilisent dans le cadre de services de réparation ou d'entretien. Faute d'accès à ces pièces de rechange, ces réparateurs indépendants ne pourraient pas concurrencer efficacement les réparateurs agréés puisqu'ils ne pourraient fournir aux consommateurs des services de qualité contribuant à la sécurité et à la fiabilité du fonctionnement des véhicules

[699] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°180).

automobiles[700]. Et plus particulièrement, les réparateurs indépendants ne pourraient avoir accès aux pièces dites captives, c'est-à-dire protégées par des droits de propriété intellectuelle. Ces pièces ne pouvant être fabriquées par un équipementier indépendant, elles ne sont disponibles qu'auprès du distributeur agréé ou directement auprès de l'équipementier d'origine (d'où l'intérêt de l'article 5. b) du règlement n°461/2010 de ne pas exempter les clauses limitant la fourniture directe par l'équipementier des distributeurs et réparateurs indépendants).

242.- L'essence même de l'accord de distribution sélective réside dans l'étanchéité du réseau vis-à-vis des distributeurs sélectionnés. En effet, « *si d'autres distributeurs, ne satisfaisant pas aux critères de sélection et ne remplissant pas les engagements corrélatifs, peuvent eux aussi revendre les produits, les distributeurs sélectionnés n'ont aucun intérêt à supporter les coûts liés à la sélection en valorisant par leurs efforts des produits que les autres distributeurs, allégés de cette charge, pourront vendre à un prix plus intéressant* »[701]. De fait, la vente à des distributeurs hors réseau doit être interdite, qu'elle soit le fait d'un distributeur sélectionné ou de la tête du réseau.

D'ailleurs, le règlement n°330/2010 dispose à l'article 4, b) iii. qu'est exemptée la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agréés. Il s'agit là d'une restriction de concurrence inhérente à la distribution sélective que la Commission avait validée dans l'affaire BMW[702].

De même, la Cour de justice dans l'important arrêt Metro avait reconnu que « *tout système de distribution fondé sur une sélection des points de distribution implique nécessairement, à peine de n'avoir aucun sens, l'obligation, pour les grossistes faisant partie du réseau de n'approvisionner que des revendeurs agréés...* »[703].

Cette disposition crée alors à la charge du fournisseur une obligation de contrôle des non-rétrocessions par les distributeurs sélectionnés[704]. Le fournisseur peut donc se faire

[700] Article 5, a) du règlement 461/2010 : Est une restriction caractérisée *« la restriction de la vente de pièces de rechange pour véhicules automobiles par les membres d'un système de distribution sélective à des réparateurs indépendants qui utilisent ces pièces pour la réparation et l'entretien d'un véhicule automobile»*.

[701] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°180).

[702] Comm. CE, 13 déc. 1974, *BMW*, *RTD eur.* 1976, p. 148.

[703] CJCE, 25 oct. 1977, *MÉTRO* c/ Commission (dit *« MÉTRO I »*), *Rec.* 1977, I, p. 1875 ; R. KOVAR, « Le dernier métro, l'étanchéité des réseaux de distribution : un réseau peut être ouvert ou fermé », *Cah. dr. ent.* 1994, n°4.

[704] Comm. CE., 15 déc. 1975, *SABA*.

communiquer par le distributeur sélectionné des éléments facilitant le contrôle[705]. À ces fins, le fournisseur peut assurer la protection de l'étanchéité du réseau de distribution sélective en n'offrant une garantie que pour les produits acquis en son sein[706].

Il découle de cette interdiction de vendre hors réseau que les distributeurs agréés ne doivent vendre qu'aux utilisateurs finals d'un produit. Il faut préciser alors si le réparateur indépendant a cette qualité (B). Il faut qualifier pour cela le contrat de réparation et d'entretien (A).

A. La qualification de la prestation d'entretien et de réparation.

243.- À première vue, le contrat de service de réparation est un contrat d'entreprise. Ce dernier « *est la convention par laquelle une personne s'oblige contre une rémunération à exécuter pour l'autre partie un travail déterminé, sans la représenter et de façon indépendante* »[707]. Trois conditions cumulatives de qualification du contrat d'entreprise résultent alors de cette définition :

244.- L'entrepreneur contracte nécessairement une obligation de faire. Le contrat d'entreprise est caractérisé par une obligation de faire que l'on identifie aisément dans le contrat d'entretien et/ou de réparation automobile. Il s'agit en l'espèce de fournir un service ayant pour finalité la mise en état de fonction normale d'un véhicule.

Il est opportun de considérer que cette première condition de qualification du contrat d'entreprise est satisfaite en matière de contrat d'entretien et de réparation lorsque le professionnel est un réparateur indépendant adaptant ses prestations aux besoins spécifiques de chaque automobiliste. D'ailleurs, la Cour de cassation admet depuis longtemps déjà que le garagiste contracte avec son client un contrat d'entreprise[708].

En revanche, peut-on considérer cette condition comme satisfaite lorsque la prestation d'entretien et de réparation est exécutée par le membre d'une chaîne de réparation rapide dont

[705] État des stocks, factures correspondant aux reventes, chiffre d'affaires réalisé. ; Comm. CE, 13 déc. 1974, *BMW*, *RTD eur.* 1976, p. 148.

[706] CJCE, 13 janv. 1994, *CARTIER*, 1995. *JDI* 1995, 700, obs. M.-A. HERMITTE.

[707] A. BENABENT, « Contrat d'entreprise », *J.-CL*. Fasc. 425, 11,1992.

[708] Cass. civ. 1re, 23 oct. 1961 : *D.* 1962, 45, note RODIERE.

les formules sont forfaitaires et strictement définies ? Ne peut-on pas parler de « prestation de série » et non pas de « prestation spécifique » ?

Logique concurrentielle et logique contractuelle s'affrontent une fois de plus. Si le droit de la concurrence, soucieux de l'accroissement de la concurrence souhaite que cette distinction entre prestation spécifique et prestation de série ne soit pas faite afin que tous les réparateurs soient considérés comme utilisateurs finals, la rigueur du droit des contrats veut que l'on distingue.

D'ailleurs, le règlement n°461/2010 définit le réparateur indépendant comme « *un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui n'opère pas au sein du système de distribution créé par le fournisseur des véhicules automobiles dont il assure la réparation ou l'entretien* » ou « *un réparateur agréé opérant au sein du système de distribution d'un fournisseur donné dans tous les cas où il fournit des services de réparation ou d'entretien de véhicules automobiles provenant d'un autre fournisseur au système de distribution duquel il n'appartient pas* »[709]. Par conséquent, même un réparateur agréé dont la tête n'est pas le constructeur du véhicule qu'il répare est considéré comme un réparateur indépendant vis-à-vis du réseau de ce constructeur.

245.- L'obligation de faire porte sur des actes matériels. Le terme d'actes matériels ne signifie pas que l'entreprise soit réduite aux activités physiques (fabrication, réparation, nettoyage, travaux divers, etc.). Il peut aussi s'agir de prestations intellectuelles : « *les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise* »[710].

Toutefois, en matière de réparation automobile, les actes matériels de réparation sont avérés et cette condition de suscite pas plus d'interrogations.

246.- L'entrepreneur conserve dans l'accomplissement de sa tâche son indépendance juridique. Le Code civil mentionne le louage d'ouvrage et le louage de services[711] sans toutefois les distinguer parfaitement. Aussi, avec la prise d'autonomie du droit du travail et le développement de ses règles particulières, il est aujourd'hui indispensable de tracer la frontière entre contrat d'entreprise et contrat de travail. « *Le critère qui permet de*

[709] Article 1. 1, e) du règlement 461/2010.

[710] Cass. civ. 3ème, 28 févr. 1984: pour les calculs et plans faits par un ingénieur-conseil.

[711] Article 1710 et 1779 du Code civil.

distinguer le contrat de travail du louage d'ouvrage est le lien juridique de subordination : à la subordination de l'employé à l'égard de l'employeur on oppose l'indépendance juridique de l'entrepreneur vis-à-vis du maître d'ouvrage »[712].

En matière de réparation automobile, l'organisation juridique, matérielle et économique associée à la ponctualité des opérations d'entretien et de réparation ne laisse pas planer de doute quant à la nature « d'entreprise » du contrat unissant réparateur et automobiliste.

L'étude des conditions de qualification du louage d'ouvrage permet en fin de compte de qualifier le contrat de réparation et d'entretien de contrat d'entreprise, toutefois pour ce qui est des réparateurs indépendants. D'ailleurs, la Cour de cassation a depuis longtemps déjà que le garagiste conclut avec son client un contrat d'entreprise[713]. Il faut en tirer les conséquences au regard du règlement n°461/2010.

B. La conséquence de la qualification du contrat d'entreprise

247.- En matière de réparation et d'entretien automobiles, le réparateur indépendant conclut avec ses clients des contrats d'entreprise. La fourniture de service est alors la prestation caractéristique du contrat bien qu'un transfert de propriété puisse avoir lieu de manière accessoire relativement à des pièces de rechange.

Ce transfert de propriété sur ces éléments n'est alors pas l'objet principal du contrat, mais seulement un moyen parmi d'autres de satisfaire le consommateur. Partant de là, la pièce de rechange n'est pas vendue par le réparateur à son client, elle est l'accessoire de la prestation de réparation. Le transfert de propriété n'est pas le but de l'opération, mais seulement le moyen de l'atteindre[714]. L'utilisateur final n'est donc pas l'automobiliste, mais le réparateur qui l'utilise comme élément d'une prestation globale de service.

Dès lors, le distributeur agréé ne réalise pas, lorsqu'il cède à un réparateur indépendant des pièces de rechange, une rétrocession hors réseau, mais bien une vente à un utilisateur final.

---

[712] A. BENABENT, *op. cit.* (v. note n°707).

[713] Cass. civ. 1ère, 23 oct. 1961, *D.* 1962, 45, note RODIERE.

[714] P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. Paris Panthéon Assas, LGDJ, 2002, pt. n°98, p.140.

248.- A priori importante, la Commission reconnaissait déjà dans le rapport d'évaluation du règlement n°1400/2002[715] que le recours à un système de distribution sélective emporte déjà l'interdiction des restrictions faites aux distributeurs sélectionnés de vendre aux utilisateurs finals de leur choix. L'exécutif européen oublie de préciser que la pratique diffère de la théorie. Nombre de réparateurs indépendants distribuent également des pièces de rechange. Ainsi, le réparateur n'a pas le droit de vendre une pièce sans effectuer la prestation correspondante, car il ne serait alors plus l'utilisateur final et cela constituerait une ouverture du réseau de distribution sélective. Cependant, il est difficile pour le membre agréé de connaître la destination réelle d'un bien.

Au demeurant, faute de pouvoir concurrencer les réseaux agréés, le réparateur indépendant doit pouvoir s'approvisionner auprès d'un membre agréé en outils spécifiques et doit avoir accès aux informations techniques que les prestations de réparation et d'entretien nécessitent.

II. L'atténuation de l'exclusivité de fourniture du constructeur

249.- Afin de faciliter le développement économique des opérateurs indépendants, les règlements automobiles ont fortement atténué l'exclusivité de fourniture pourtant caractéristique de l'accord de distribution sélective.

Il oblige ainsi les constructeurs à donner accès aux réparateurs hors réseau aux informations, aux équipements de diagnostic et autres, aux outils, y compris les logiciels appropriés, ou à la formation nécessaire pour la réparation et l'entretien de ces véhicules automobiles ou pour la mise en œuvre des mesures de protection de l'environnement[716].

Le constructeur ne peut donc plus réserver à son réseau les éléments assimilables à un savoir-faire, il doit les divulguer. Deux obligations incombent par conséquent aux constructeurs, une obligation de renseigner (A) et une obligation de fourniture des outils spécifiques (B).

---

[715] L. VOGEL et J. VOGEL, « Observations sur le rapport d'évaluation du règlement n°1400/2002 en date du 28 mai 2008 », accessible sur *www.europa.eu* ; Rapp. d'évaluation sur l'application du règlement (CE) 1400/2002 concernant la distribution et les services après-vente dans le secteur automobile. Observations de « 40 millions d'automobilistes », accessible sur le site *www.40millionsdautomobilistes.com*.

[716] Ce régime découle des points (62) et s. des lignes directrices du règlement 461/2010, du règlement 715/2007, du règlement 692/2008 et du règlement 595/2009.

A. L'obligation de renseigner

250.- Le règlement n°715/2007 ainsi que les lignes directrices du règlement n°461/2010 imposent au constructeur de fournir à un certain nombre d'opérateurs hors réseau les informations dont la connaissance est nécessaire aux opérations d'entretien et de réparation.

Le règlement n°715/2007 donne à ce titre une liste des opérateurs auxquels le constructeur doit communiquer les informations. Bénéficient de cette obligation de renseigner les réparateurs indépendants et les fabricants de matériel ou d'outils de réparation[717]. Les lignes directrices du règlement n°461/2010 ajoutent d'autres opérateurs à cette liste. Il s'agit des distributeurs indépendants de pièces de rechange, des éditeurs d'informations techniques, des clubs automobiles, des entreprises d'assistance routière, des opérateurs offrant des services d'inspection et d'essai et des opérateurs assurant la formation des réparateurs[718]. Sont par conséquent concernés tous les acteurs du secteur automobile étant directement ou indirectement liés à l'après-vente.

Ne sera étudiée ci-après que la situation où les informations portent sur des éléments non protégés par un droit de propriété industrielle. Ces dernières seront étudiées à la section suivante qui porte spécifiquement sur l'affaiblissement des droits intellectuels[719].

Toutefois, si elle ne porte pas sur un tel droit, l'information peut être protégée en elle-même par les droits d'auteurs. Il faut distinguer alors le cas où l'information est protégée au titre des droits d'auteur (2) du cas où elle ne l'est pas (1).

1. L'information non protégée

251.- « *Le progrès technique implique que la notion d'informations techniques est fluctuante. On peut actuellement citer comme exemples d'informations techniques les logiciels, les codes d'erreur et autres paramètres, ainsi que les mises à jour, qui sont nécessaires pour travailler sur les unités de contrôle électronique afin d'installer ou de*

[717] Article 6. 3) 5) 6) du règlement 715/2007.

[718] pt. n°62 des lignes directrices du règlement 461/2010. La Commission reprend mot pour mot la liste qu'elle avait établie dans le règlement 1400/2002. Le passage de cette liste du règlement aux lignes directrices est sans grande conséquence.

[719] V. Partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2.

rétablir les réglages recommandés par le fournisseur, les numéros d'identification des véhicules automobiles ou toutes autres méthodes d'identification des véhicules automobiles, les catalogues de pièces de rechange, les procédés de réparation et d'entretien, les solutions pratiques résultant de l'expérience concrète et répondant à des problèmes qui affectent un modèle ou un lot particulier, et les campagnes de rappel et autres avis signalant les réparations qui peuvent être effectuées gratuitement au sein du réseau de réparateurs agréés. Le Code d'une pièce et toute autre information nécessaire à l'identification correcte d'une pièce de rechange de marque destinée à être montée sur un véhicule automobile donné (c'est-à-dire la pièce que le constructeur automobile fournit en principe aux membres de ses réseaux de réparation agréés pour réparer le véhicule automobile en cause) constitue aussi une information technique »[720]. Devant cette liste, on constate le souhait de la Commission d'étendre l'obligation de renseigner à un maximum d'éléments considérés essentiels.

Cette communication d'information doit être assurée sur demande et « *sans retard* injustifié »[721], tant pour les véhicules d'occasion que pour les véhicules neufs. Les lignes directrices renseignent sur les conditions de cette communication[722]. Le constructeur peut exiger une rémunération, mais le prix ne doit pas décourager l'accès à celles-ci[723]. Il ne doit pas obliger les réparateurs à acheter plus que les informations qui leur sont nécessaires. En revanche, aucun format normalisé n'est imposé. Toutefois, cela n'empêche pas de prévoir une rémunération pour la fourniture de ces informations au titre du dérangement logistique et matériel.

En réponse à cette obligation de renseigner, les fournisseurs ont tenté de les protéger par les droits d'auteur.

---

[720] Lignes directrices du règlement 461/2010, pt. n°66.

[721] *Ibid., pt. n*°67.

[722] *Ibid.*

[723] Dans l'affaire *FRANCE TELECOM* c/ *LECTIEL*, la Cour énonce que si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une base de données peut légitimement prétendre à une rémunération, il ne peut, lorsque cette base de données constitue une ressource pour des opérateurs exerçant une activité concurrentielle, subordonner l'accès de cette base de données au paiement d'un prix excessif. Sinon, ce comportement serait constitutif d'un abus de position dominante : Cass. Com., 4 déc 2001, *Comm. com. elec*. 2002, com. 38, C. VILMART; *Propr. Indus*. 2002, comm. 12, obs J. SCHMIDT-SZLAZWSKI ; *Cont. conc. Consom*. 2002, comm. 46, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

2. L'information protégée au titre du droit d'auteur

252.- La Commission a tendance à condamner des entreprises qui tentent d'utiliser la propriété intellectuelle dans le seul but de maintenir ou d'accroître leurs parts de marché. Aussi la protection des bases de données[724] ou des logiciels[725] par le droit d'auteur, par le droit sui generis[726] ou par les brevets[727] ne doit pas avoir d'autres objectifs que de protéger les investissements intellectuels. Auquel cas l'exercice normal de ce droit deviendrait abusif.

Le droit d'auteur ne doit donc pas permettre au constructeur de restreindre la concurrence sur le marché de l'après-vente. Le fournisseur doit donner accès aux informations à l'ensemble des opérateurs qui en font la demande.

253.- La jurisprudence a déjà reconnu l'exercice abusif du droit d'auteur. Une entreprise, dont l'activité consiste en l'émission de signaux destinés à la navigation, avait-elle prétendu que ces signaux ressortissaient au droit d'auteur[728]. L'affaire n'a débouché pas sur une condamnation, mais « *dans une telle hypothèse, le droit intellectuel n'est pas utilisé pour lui-même, mais à une autre fin que la sienne propre, et c'est ce qui est susceptible d'être qualifié d'exercice abusif, lorsque l'entreprise est en position dominante* »[729]. La position dominante des constructeurs sur le marché secondaire, notamment pour ce qui est des réparations lourdes, laisse donc planer le risque d'abus.

Outre les informations techniques nécessaires aux opérations d'entretien et de réparation, le réparateur indépendant doit avoir accès aux outils spécifiques indispensables à ces prestations.

---

[724] Cons. UE et PE, dir. n°06/9/CE du 11 mars 1996 sur la protection des bases de données, JOCE n°L 77, 27 mars 1996, p. 20 ; H. BITAN, « Le droit des bases de données », *Prop. Intel*. 2008, n°27, p. 164 ; pour une comparaison avec le droit américain v. E. DERCLAYE, « Droits de propriété intellectuelle sur l'information et pouvoir de marché : comparaison entre protections européenne et américaine des bases de données », *Prop. intel*. janv. 2007, n°22, p. 19.

[725] A. GUADAMUZ GONZALES, « Propriété intellectuelle et logiciels », *mag. OMPI* 2008, n°14, p. 15.

[726] F. MARIATTE, « Nouvelles technologies, protection « sui generis » des bases de données », *Europe,* n°1, janv. 2005, p. 21.

[727] S. COLOMBET, « La brevetabilité des logiciels : Un nouveau pont entre le droit d'auteur et la propriété industrielle », *JCP éd. E* 2001, n°30, p. 1253 ; F. MARIATTE, « Brevets logiciels: du débat à la polémique », *Europe*, n°4, avr. 2005, p. 3.

[728] Comm. CE, 21 déc. 1988.

[729] M.-A. HERMITTE, *J.- Cl. Europe Traité*, Fasc. 1421 ; V. également sur l'exercice abusif de droits intellectuels J. SCHMIDT SZALEWSKI, « Exercice des droits de propriété intellectuelle en tant qu'abus de position dominante » , *in liber amicorum* G. BONET, *Droits de propriété intellectuelle*, Litec, 2010.

B. L'obligation de fourniture des outils spécifiques

254.- Les constructeurs sont obligés de fournir les outils spécifiques aux réparateurs indépendants, c'est-à-dire les outils nécessaires à la réparation des véhicules et qui ne sont pas standards pour l'ensemble des marques. Le contraire serait constitutif d'une grave restriction de concurrence. Le point n°(68) des lignes directrices relatives au règlement n°461/2010 dispose que cette fourniture des outils spécifiques doit se réaliser dans les mêmes conditions que la communication d'informations techniques.

Toutefois, le simple fait de l'existence de ces outils et des spécificités que chaque constructeur impose défavorise les réparateurs qui sont alors obligés d'acquérir nombre d'outils spécifiques différents[730].

Cela pose alors la problématique de la généralisation des normes techniques. Ces normes ont pour atout qu'elles standardisent les outils spécifiques. Il faut préciser ainsi dans un premier temps en quoi elles consistent (1) avant d'analyser ce que l'on nommera leur « effet de fusion » des marchés (2).

1. Le principe de la normalisation technique

255.- Un bien complexe est composé d'éléments interdépendants de nature mécanique, électronique et logicielle. L'objet de la normalisation/standardisation porte sur l'interopérabilité de ces modules, c'est-à-dire sur leurs interfaces de communication[731]. Celles-ci étant susceptibles de protection par le droit de la propriété industrielle, les producteurs s'assurent ainsi de fermer le marché aux producteurs de biens compatibles. Cette fermeture du marché est alors très préjudiciable à la concurrence[732]. Aussi, les constructeurs et producteurs de biens complexes sont contre une standardisation de ces éléments qui favoriserait la concurrence intermarques.

[730] Il s'agit tant d'objets physiques que de logiciels spécifiques.

[731] R. GÖNENÇ, « Enjeux industriels des normes dans les technologies de l'information », *REI* 1987, n°39, 1er trim., p. 208.

[732] I. LIOTARD, « Les droits de propriété intellectuelle, une nouvelle arme stratégique des firmes », *RE* 1999 I, n°89, 3e trim., p. 69.

256.- Standardisation et normalisation sont deux notions différentes. Alors que la standardisation est le fait du marché, la norme est « *une spécification technique juridiquement reconnue par un organisme officiellement agréé. Elle a pour vocation à être connue de tous et elle est contrôlée par les pouvoirs publics, non par un acteur ou un groupe d'acteurs privés* »[733]. Ainsi, lors de l'apparition d'une nouvelle technologie mettant en concurrence plusieurs solutions techniques, trois modes d'harmonisation existent[734] : la compétition entre acteurs privés (standardisation du fait de la concurrence) [735] , l'action collective (standardisation volontaire du fait des opérateurs[736]) ou l'action publique (normalisation[737]). La standardisation est difficilement possible dans des secteurs concurrentiels où chaque opérateur souhaite conserver ses parts de marché. Sauf à considérer qu'elle soit le fait de petits opérateurs désireux de s'associer pour créer des standards concurrençant ceux d'acteurs majeurs. Par exemple, les outils de diagnostic automobiles peuvent être l'objet d'une standardisation par les petits constructeurs étrangers, permettant plus facilement aux réparateurs indépendants d'acquérir la capacité matérielle d'effectuer leurs prestations sur ces marques.

Aussi, la solution du consortium ouvert, très pratiquée en matière informatique[738], ne peut être valablement retenue pour l'ensemble des biens complexes. Dans un tel consortium, le choix de licences de droits intellectuels libres empêche d'envisager une forme d'appropriation. La propriété est collective, c'est-à-dire s'étendant en dehors du consortium. Les droits intellectuels ne sont donc pas exploitables, même de façon partagée. Mais le volontarisme nécessaire des producteurs et équipementiers n'étant pas au rendez-vous, rien n'est à attendre de la standardisation et tout est à attendre de la normalisation.

---

[733] M. CORIS, « Les Consortiums ouverts : une nouvelle approche pour la standardisation des logiciels ? », *REI* 2006, 4e trim., n°116, p. 105.

[734] P.-A. DAVID, « Les standards des technologies de l'information, les normes de communication et l'État : un problème de biens publics », in *Analyse Économique des Conventions*, PUF, 1994, p. 249.

[735] C'est le cas pour la compétition entre la technologie « Blue ray » de SONY et la technologie « HD-DVD » de TOSHIBA et NEC.

[736] C'est le cas pour la mémoire Secure Digital (*SD Card*) qui est un type de carte mémoire créé par MATSUSHITA Electronic, SANDISK et TOSHIBA ;

[737] C'est le cas pour le secteur de la télévision confronté à l'avènement de la TVHD (la télévision haute définition). Les pays européens ont mis au point un procédé commun, D2 Mac, qui s'oppose à la norme japonaise Muse. Afin de protéger le marché européen de la concurrence nippone, leurs gouvernements cherchent à imposer rapidement le D2 Mac aux chaînes de télévision et aux téléspectateurs.

[738] Opposable au consortium privé qui correspond à une structure coopérative dont les avantages sont limités à ses membres.

257.- Au niveau international, la normalisation technique[739] est définie par l'ISO (International Organisation for Standardization)[740] et par l'OMC (Organisation Mondiale du Commerce[741]. Au niveau européen, c'est la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 « *prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques* »[742] qui assure cette définition. Et au niveau national, elle est définie par le décret du 26 janvier 1984[743], tandis que la norme technique l'est par l'Association française de normalisation (AFNOR)[744].

Ces diverses définitions permettent d'en tirer une définition générale. La normalisation technique est une norme générale écrite et élaborée par un organisme reconnu. Elle porte sur des produits, des méthodes ou procédés de production ou sur des prestations de service.

Elle « *permet de définir un langage commun entre les acteurs économiques/ producteurs et les utilisateurs/consommateurs. Elle vise à clarifier et harmoniser les pratiques ainsi qu'à définir les niveaux d'exigence de produits, de services et de pratiques : qualité, sécurité, compatibilité et moindre impact environnemental. Elle facilite les échanges commerciaux, tant nationaux qu'internationaux, et contribue à mieux structurer l'économie, pour faciliter la vie quotidienne de chacun* ».[745]

Considérant cela, la norme technique se situe aux frontières du droit[746] puisqu'elle en vient à concurrencer la loi en tant que règle matérielle. Cependant, il ne sera pas traité ici de leurs procédures d'élaborations nationales, européennes et internationales[747]. Une telle étude ne serait que de peu d'intérêt pour la démonstration et constituerait une redondance d'explication de procédures déjà étudiées[748]. Tout au plus, est précisé que les procédures

---

[739] J. MAILY, *La normalisation*, DUNOD, 2e éd., 1946, p. 38 ; J. GHESTIN, « Normalisation et contrat », in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruylant, 1985 ; A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, 1989 ; L. BOY, « La valeur juridique de la normalisation », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 183 ; M.-C. BARTHET, « Vingt normes qui transformèrent le monde », *Rev. Enjeux*, n°200, janv. 2000, p. 80 ; F. VIOLET, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, Th. Lyon III, 2001.

[740] Définition citée par V. LANDES, « Normes techniques et certifications », *J.-Cl. Europe*, Fasc. 560, n°13.

[741] Accord sur les obstacles techniques au commerce, Annexe 1, *JOCE n°L* 336 du 23 déc. 1994, p. 86.

[742] Article 1er, Dir. 98/34/CE du 22 juin 1998, *JOCE n°L* 204 du 21 juill. 1998, p. 37.

[743] Décret n°84-74du 26 janv. 1984.

[744] AFNOR, « Normalisation française. Renseignements généraux et administratifs », AFNOR, janv. 1967, p.1.

[745] AFNOR, Rapp. d'activité de l'AFNOR pour l'année 2009, disponible sur le site *www.groupe.afnor.org*.

[746] En ce sens, V. L. BOY, « La valeur juridique de la normalisation », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 183 ; F. VIOLET, *op. cit.* (v. note n°739), p. 477.

[747] V.-M. ROULAND, « La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi) », Oct. 2004, disponible sur le site *www.glose.org*.

d'élaboration des normes techniques résultent d'un consensus entre les institutions en charge de leur établissement et les opérateurs économiques concernés[749].

258.- Dès l'origine, la normalisation a permis l'harmonisation et la simplification[750] de la production industrielle. Cela a permis l'interchangeabilité et la compatibilité des produits[751], notamment entre produits d'origines nationales différentes. De même, à ces fonctions s'ajoutent celles d'assurer la sécurité des personnes, la protection de l'environnement et la qualité des produits et services[752].

En 1985, pour pallier les carences du système d'harmonisation des normes nationales, alors lourd et lent[753], la Communauté adopta une « nouvelle approche » exposée dans l'annexe II de la résolution du Conseil 85/C 136/01, du 7 mai 1985, « *concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation* »[754].

Ces normes techniques harmonisées sont en théorie d'application facultative. Toutefois, le fait que les produits fabriqués conformément à celles-ci bénéficient d'une présomption de conformité aux exigences essentielles de la directive (« *ce qui signifie que le producteur a la faculté de ne pas fabriquer conformément aux normes, mais que, dans ce cas, la charge de la preuve de la conformité de ses produits avec les exigences essentielles de la directive lui incombe* ») a largement contribué à leur application.

---

[748] *Ibid.*

[749] V. Commissariat général au plan, « Le dispositif français de normalisation », Rapp. au Gouvernement, 1997, *La doc. fr.*, p. 18 ; V. LANDES, *op. cit.* (v. note n°740).

[750] Ainsi, la norme ISO 7000 *Symboles graphiques utilisables sur le matériel –Index et tableau synoptique* établit toute une série de symboles graphiques destinés à être placés sur des équipements industriels, afin de renseigner de manière simple et efficace les utilisateurs sur leur fonctionnement : Sur cette norme technique, V. M.-C. BARTHET, *op. cit.* (v. note n°739).

[751] Avec par exemple les normes NF EN 27816 sur les cartes à puce qui sont destinées à assurer la compatibilité entre ces cartes à puce et les distributeurs automatiques. Elles permettent ainsi d'utiliser un même distributeur automatique avec des cartes à puce de sociétés différentes : V. M.-C. BARTHET, *op. cit.* (v. note n°739).

[752] À titre d'exemple d'utilisation de ces normes techniques, l'on peut citer le secteur automobile, dans lequel les grands constructeurs ont confié une part importante de leurs activités à des fournisseurs et sous-traitants. En exigeant de ces derniers qu'ils se conforment aux normes ISO 9000, les grands constructeurs contrôlent plus aisément la conformité à leurs exigences des produits et prestations fournis.

[753] La Communauté a commencé par adopter à l'unanimité des règles techniques très précises et détaillées, destinées à se substituer aux règles nationales correspondantes. Cette méthode, très lourdes dans un système de vote à l'unanimité (depuis l'Acte unique, le vote se fait à la majorité qualifiée), figeait le processus de normalisation.

[754] Cons. 7 mai 1985, résol. 85/C 136/01, JOCE du 4 juin 1985, n°C 136, p. 1.

259.- L'élaboration de normes techniques nécessite par conséquent un interventionnisme économique, le fonctionnement du marché, les pratiques professionnelles et les coutumes ne suffisant généralement pas[755]. Cet interventionnisme public en matière industrielle est mal vu étant donné la préférence accordée aux politiques horizontales. Toutefois, elle se justifie lorsqu'elle permet une plus grande efficacité dans l'allocation des ressources que le simple jeu des marchés concurrentiels. Il faut donc identifier une défaillance du marché. C'est fréquemment le cas lorsque certaines pratiques ne tombant pas sous le joug du droit de la concurrence ont des effets restrictifs d'innovation. Ces effets de réseau apparaissent lorsque la valeur d'une technologie dépend du nombre de ses utilisateurs. Cela a justifié l'adoption de normes techniques telles que la norme européenne GSM dans la téléphonie mobile[756]. De telles normes doivent être adoptées dans le secteur automobile.

Effectivement, les réparateurs indépendants sont obligés d'acquérir auprès de différents fabricants plusieurs outils spécifiques souvent très chers et qui remplissent la même fonction parce qu'un seul de ces outils ne permet pas de réparer toutes les marques de véhicule. Nombre de normes techniques n'ont toujours pas fait l'objet d'une normalisation. Pourtant, ce besoin n'est pas nouveau, des normes existent depuis longtemps pour ce qui est des pièces de rechange: huiles, pneumatiques, batteries, lubrifiants…

Bien que certains projets soient déjà en cours, par exemple la norme euro 5 qui doit établir des standards pour l'utilisation des outils de diagnostique[757], ou la norme devant être décidée quant à la standardisation des bornes de rechargement pour véhicules électriques, les autorités communautaires ont un sérieux effort à faire sur le plan de la législation technique.

D'ailleurs, au niveau de l'UE, il s'agit de « *demander à des organismes de normalisation d'élaborer des normes européennes harmonisées et de mettre en pratique une » évaluation d'impact « des initiatives législatives sur diverses catégories de parties prenantes comme le plan d'action de la Commission le prévoit* »[758].

---

[755] J. GHESTIN, *op. cit.* (v. note n°739).

[756] La création, en 1918, de la Commission permanente de standardisation semble constitue la première intervention des pouvoirs publics français en ce domaine : P. FRANCK, *La normalisation des produits industriels*, PUF, 1981, p. 59.

[757] Auparavant, chaque constructeur pouvait utiliser un type de connectique qui lui était propre. Maintenant, ils auront l'obligation d'utiliser une norme commune.

[758] Communication de la Commission européenne du 11 déc. 2002, *« concernant la politique industrielle dans une Europe élargie »*, COM 2002, 714 final ; Communication de la Commission, du 20 avril 2004**,** *« Accompagner les mutations structurelles: Une politique »***,** COM 2004, 274 final **;** Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen**,** du 21 nov. 2003**,** *« Les enjeux clés de la compétitivité en Europe - vers une approche intégrée »***,** COM 2003, 704 final**.**

260.- Ainsi, il faut poser des normes techniques générales relatives à l'outillage complexe. Celui-ci est défini comme l'outillage dont la fabrication et/ou l'utilisation nécessitent l'emploi de droits de propriété intellectuels.

L'outillage simple en bénéficie déjà. L'inverse serait véritablement problématique du point de vue de la concurrence. Si chaque marque utilise des boulons dont la taille est personnalisée, il devient infaisable pour chaque réparateur indépendant de s'outiller convenablement.

Aujourd'hui, cet effort est à faire pour les outils complexes dont l'utilisation est devenue indispensable. Il faut donc, dans le même temps que l'accès aux outils spécifiques et aux informations techniques est facilité, établir des normes communes. Autrement, les constructeurs automobiles vont continuer d'utiliser cette multiplication des outils spécifiques pour réserver à leur réseau une part importante des opérations d'entretien et de réparation.

Effectivement, la multiplicité des marchés défavorise les opérateurs indépendants qui doivent fabriquer des produits spécifiques pour chacun d'entre eux. Les normes techniques ont alors cet atout qu'elles permettent à plusieurs marchés de fusionner.

2. L'effet de fusion des normes techniques

261.- Les normes techniques permettent à plusieurs marchés de fusionner en un marché unique. Pour illustrer cela, il faut considérer par exemple les parts du marché de la réparation des moteurs diesel Citroën de *nouvelle génération* qui sont très concentrées pour le réseau de réparateurs agréés Citroën. Dès lors que tous les outils spécifiques nécessaires à cette réparation répondront à des normes communes, ce marché s'intégrera dans le marché unique de la réparation des moteurs diesel. Les normes techniques ont donc un effet de fusion de marchés distincts.

Ces normes techniques n'empêchent pas la différenciation des produits. Il ne s'agit pas de permettre le remplacement d'un moteur Peugeot par un moteur Renault. Il s'agit seulement que l'après-vente de ces moteurs nécessite un outillage standard. La normalisation technique apparaît alors comme le vecteur optimal d'accroissement de la concurrence intermarques sur le marché de l'après-vente et de simplification technique.

De même, les entreprises industrielles sont soumises à un ensemble de règles techniques sur la sécurité, la santé, la protection de l'environnement et du consommateur. Afin d'atténuer la complexité de cette réglementation et son impact sur la compétitivité des

entreprises, la Commission s'est engagée à simplifier la législation existante, notamment dans le secteur de l'automobile[759]. Sans aller vers de la déréglementation, cette simplification doit se faire en empruntant la voie de la normalisation technique.

Outre l'atténuation des exclusivités de fourniture et de l'étanchéité qui aboutissent à la perméabilisation des réseaux de distribution sélective, le règlement n°1400/2002 est également à l'origine d'un affaiblissement des exclusivités d'approvisionnement.

§ 2. L'affaiblissement des exclusivités d'approvisionnement

262.- L'exclusivité d'approvisionnement n'est pas la stipulation caractéristique de l'accord de distribution sélective. Pour autant, elle constitue un atout pour la tête de réseau qui s'assure ainsi du dévouement du distributeur. La Commission européenne a alors voulu interdire ce type d'exclusivités et maximiser la concurrence sur ce marché de l'approvisionnement. Il fallait pour cela court-circuiter le constructeur dans la chaîne de distribution des biens et permettre la fourniture directe du distributeur par l'équipementier. C'est le rôle de l'article 5. b) du règlement n°461/2010 qui prohibe les restrictions à l'approvisionnement des concessionnaires et réparateurs agréés ou indépendants par les équipementiers d'origine ou indépendants[760].

Cependant, le système mis en place par la Commission pour libéraliser l'approvisionnement en pièces détachées par les distributeurs et réparateurs agréés ou indépendants ne pouvait se suffire. Si les constructeurs ne peuvent pas leur interdire de s'approvisionner directement auprès des équipementiers tiers ou d'origine, ils peuvent leur en faire passer l'envie. Il suffirait pour cela d'organiser le dénigrement des pièces acquises ailleurs qu'auprès du constructeur. Aussi la Commission a associé au système de libéralisation de l'approvisionnement (I) un système de mise en concurrence des différentes marques de pièces (II).

[759] Communication de la Commission *« Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire »*, COM (2005) 535.

[760] Ainsi que par les fabricants d'outils de diagnostics.

I. Le système de libéralisation de l'approvisionnement

263.- L'affaiblissement des restrictions à l'approvisionnement en pièces de rechange et en outils de réparation et de diagnostique est posé par l'article 5. b) du règlement n°461/2010 (A). Toutefois, une limite à ce principe doit être relevée. Le marché du remplacement de composants automobiles durant la période de garantie constitue en effet une exception au rejet des restrictions à l'approvisionnement et à la fourniture des pièces de rechange (B).

A. Le principe de l'affaiblissement des exclusivités d'approvisionnement

264.- L'accroissement de la concurrence intermarques suppose d'offrir la possibilité à tous les équipementiers un accès direct au marché secondaire des pièces de rechange et de la réparation automobile. Corrélativement, les distributeurs de pièces et les réparateurs doivent avoir accès aux pièces de rechange des équipementiers d'origine ou des équipementiers indépendants. La Commission européenne a souhaité interdire les restrictions contractuelles contraires à cela. Ces restrictions peuvent être intégrées dans l'accord de distribution, limitant ainsi l'approvisionnement des distributeurs de pièces et des réparateurs agréés. Elles peuvent également être intégrées aux accords de production, limitant alors la fourniture par les équipementiers des réseaux agréés ou indépendants.

Aux fins de l'analyse de l'encadrement des exclusivités d'approvisionnement, il faut par conséquent étudier successivement l'application du principe (1) puis sa garantie par l'interdiction des exclusivités de fourniture (2).

1. La mise en œuvre de l'affaiblissement des exclusivités d'approvisionnement

265.- Jusqu'au 31 mai 2010, le règlement n°1400/2002 régissait le régime des accords de distribution de pièces de rechange et de services de réparation en matière automobile. Souhaitant favoriser l'approvisionnement des distributeurs et réparateurs agréés auprès de multiples équipementiers, ce texte disposait que le constructeur automobile ne pouvait imposer aux membres de son réseau de s'approvisionner auprès de lui pour une part supérieure à 30 % de leurs besoins annuels. Cette disposition créait un régime dérogatoire au droit commun, le régime général alors en vigueur prévoyant un seuil de 80 %.

Constatant l'inutilité de cette disposition[761], la Commission européenne a fait marche arrière avec le règlement n°461/2010 qui ne dispose plus cette spécificité. C'est donc le régime général résultant du règlement n°330/2010 qui s'applique.

Ce régime permet à un constructeur de bénéficier d'une exemption pour les accords qui imposent[762] :

Soit à un distributeur une obligation d'achat minimal de 80 % au plus des achats annuels du distributeur[763] sous réserve que ni le constructeur ni le distributeur ne détiennent plus de 30 % du marché en cause.

Soit à un distributeur une obligation d'achat auprès de ce celui-ci pour plus de 80 % des achats annuels du distributeur sous réserve que ni le constructeur ni le distributeur ne détiennent plus de 30 % du marché en cause et que l'obligation soit limitée à cinq ans. Ce régime dispose par conséquent que sont exemptée pour 5 ans au maximum les obligations de non-concurrence.

Pour ainsi dire, les distributeurs ne peuvent pas se voir imposer l'achat par le constructeur de pièces d'une marque particulière sur plus de 80 % des pièces qu'ils commercialisent ou emploient lors des prestations d'entretien et de réparation[764]. Et si la part est supérieure à 80 %, cette obligation d'approvisionnement exclusif est limitée à cinq ans. Ces mesures favorisent donc la concurrence intermarques en permettant au distributeur ou au réparateur agréé de s'approvisionner auprès de plusieurs équipementiers. De plus, le fournisseur ne peut obliger un réparateur à communiquer au consommateur la qualité des

[761] V. rapp. d'évaluation

[762] Article 1. 1. d) du règlement 330/2010.

[763] Sous réserve que ni le constructeur ni le distributeur ne détiennent plus de 30 % du marché en cause.

[764] Brochure explicative du règlement 1400/2002, question n°79, p. 68.

pièces qu'il utilise (provenant d'un équipementier d'origine ou d'un équipementier tiers), notamment parce que cela pourrait laisser croire en une qualité de pièce inférieure[765].

Cependant, l'affaiblissement des restrictions à l'approvisionnement n'a de sens que si le constructeur ne peut imposer aux équipementiers des exclusivités de fourniture.

2. La garantie du principe : l'interdiction des exclusivités de fourniture

266.- La Commission européenne souhaite que les fournisseurs se fassent eux-mêmes concurrence en s'affrontant sur les mêmes marchés, ce qui n'était jusqu'au règlement n°1400/2 002 pas vraiment le cas. Les équipementiers de première monte fournissaient essentiellement les réseaux agréés et les équipementiers indépendants les réseaux indépendants. Le règlement n°461/2010 conserve ce désir de mettre en concurrence les équipementiers sur le marché secondaire.

Ainsi, l'exécutif européen considère comme restrictives de concurrences les stipulations contractuelles limitant la capacité des fabricants de pièces ou d'outils à accéder au marché secondaire[766]. Cela concerne tant les fabricants fournissant le marché primaire, c'est-à-dire le marché de l'incorporation des véhicules lors de son assemblage, que les fabricants présents uniquement sur le marché secondaire de l'après-vente.

267.- La Commission européenne a souhaité destituer le constructeur automobile de sa fonction de fournisseur de pièces détachées. Les évolutions des méthodes de production ont déplacé la production des composants automobiles du constructeur vers les équipementiers et sous-traitants.

Dès lors, le fait que le constructeur conserve sa position d'intermédiaire dans la chaîne d'approvisionnement des concessionnaires est apparu pour l'exécutif européen comme anticoncurrentiel. D'équipementier à part entière il est devenu pour approximativement 80 % des composants automobile un simple assembleur. Sa place dans la chaîne d'approvisionnement des membres du réseau sélectif est alors superflue. Il n'est plus qu'un intermédiaire logisticien pour 80 % des pièces distribuées.

Aussi la Commission européenne n'exempte pas les clauses contractuelles imposant aux équipementiers d'origine de distribuer leurs pièces ou outils par l'intermédiaire du

[765] *Ibid*., question n°77, p. 68.

[766] Article 5. b) du règlement 461/2010.

constructeur [767] . Accroître la concurrence suppose par conséquent de supprimer les intermédiaires inutiles.

268.- La Commission européenne a insisté dans les règlements automobiles sur la liberté des fabricants de pièces et des fabricants d'outils de réparation et d'équipements de diagnostic de fournir leurs produits à des distributeurs et des réparateurs indépendants, à des distributeurs et des réparateurs agréés ou à des utilisateurs finals[768].

Le règlement n°330/2010 ne protège pas aussi fortement l'accès des fournisseurs au marché secondaire. Son article 4. e) se limite à qualifier de restriction caractérisée le fait de restreindre l'accès du fournisseur de composants au marché de l'après-vente. En matière automobile, l'accent est mis sur les fournisseurs tiers, sur les fournisseurs d'outils de réparation, d'équipements de diagnostics et autres.

Peu importe alors que ces fabricants soient les équipementiers d'origine (c'est-à-dire qui fournissent le marché primaire de l'incorporation au véhicule) ou bien des équipementiers indépendants (présents uniquement sur le marché secondaire de l'après-vente), il ne peut être contractuellement restreint leur capacité à accéder au marché secondaire.

Le cas contraire favoriserait le maintien de prix élevé ainsi qu'un faible niveau de concurrence intermarques sur le marché de l'après-vente en limitant les possibilités de débouchés économiques des équipementiers indépendants qui fabriquent pourtant des pièces de qualité équivalente.

269.- L'interdiction des restrictions à la fourniture de pièces de rechange ou d'outils a finalement deux atouts. Les équipementiers indépendants et d'origine ont la possibilité de fournir l'ensemble des distributeurs et réparateurs indépendants et agréés, mais surtout les équipementiers d'origine ne sont pas obligés de distribuer auprès du réseau agréé par l'intermédiaire de sa tête, le constructeur. La Commission s'assure ainsi que l'interdiction des exclusivités d'approvisionnement dans les accords de distribution ne sera pas contournée par des restrictions à la fourniture dans les accords de production.

Au demeurant, le principe de l'interdiction des restrictions à l'approvisionnement connaît une exception. Cela concerne les pièces utilisées lors des actions de réparation durant la période de garantie.

---

[767] *Ibid.*

[768] *Ibid.*

B. L'exception à la libéralisation de l'approvisionnement: la période de garantie

270.- Le fournisseur de véhicules automobiles neufs conserve la faculté d'imposer l'utilisation de pièces de rechange d'origine fournies par lui pour les réparations sous garantie, pour le service gratuit et lors du rappel des véhicules[769]. Ainsi, le constructeur peut imposer que les pièces utilisées soient achetées auprès de lui, ceci n'étant pas assimilable à une obligation de monomarquisme[770]. Peu importe, semble-t-il, que le réparateur s'approvisionne directement auprès du constructeur ou qu'il s'approvisionne auprès d'un autre distributeur ou réparateur agréé dès lors qu'il s'agit des mêmes pièces. La brochure explicative du règlement n°1400/2002 ajoutait sur ce point que le constructeur ne peut imposer au consommateur de s'adresser à un réparateur précis, tous les réparateurs agréés devant être admis[771]. Cela constitue toujours, selon nous, une restriction de concurrence. « *Toutefois, si un fournisseur refuse légitimement d'honorer une demande particulière d'activation de la garantie au motif que la situation conduisant à la demande en question présente un lien de causalité avec le fait qu'un réparateur n'a pas effectué correctement une réparation ou un entretien particulier, ou que des pièces de rechange de mauvaise qualité ont été utilisées, cela n'aura aucune incidence sur la compatibilité des accords de réparation conclus par le fournisseur avec les règles de concurrence* »[772]. La légitimité de l'invocation par le constructeur de mauvaises réparations antérieures est par conséquent caractérisée par le lien de causalité existant entre les la prestation précédemment effectuée et la panne.

Il faut préciser alors la nature des conditions de mise en œuvre de la garantie (1) avant de préciser quelles obligations à la charge de l'équipementier naissent de la mise en œuvre de la garantie (2).

[769] *Ibid.,* Considérant n°(17).

[770] Pt. n°39 des lignes directrices du règlement 461/2010.

[771] Le consommateur doit encore pouvoir faire réaliser les travaux et l'entretien sous garantie chez n'importe quel réparateur agréé par le fournisseur : Brochure explicative, question n°34, p. 47.

[772] Pt. n°69 des lignes directrices du règlement 461/2010.

1. Les conditions de mise en œuvre de la garantie

271.- Les conditions générales régissant le contrat liant le constructeur et le fournisseur disposent que « *le fournisseur est responsable de son produit et de ses prestations vis-à-vis du constructeur et le cas échéant des tiers, nonobstant toute clause contraire stipulée par le Fournisseur* »[773]. Il est responsable des fournitures qu'il produit et que produisent ses propres sous-traitants. Sont par conséquent fréquemment introduites dans les accords de production automobiles des clauses stipulant qu'« *en cas de sous-traitance , le Fournisseur restera seul responsable vis-à-vis de X et se porte garant du respect des dispositions des présentes conditions par les sous-traitants concernés* »[774].

Outre une obligation de délivrance[775] et une obligation de conformité[776] des pièces vis-à-vis de la réglementation en vigueur dans leur lieu de destination, l'équipementier est garant du bon fonctionnement de sa production. S'il n'est pas certain que la garantie légale des vices cachés[777] s'applique au contrat d'entreprise (a), des obligations supplémentaires peuvent être imposées au fournisseur dans le contrat (b).

a) La garantie légale des vices cachés

272.- La première garantie, légale, est la garantie des vices cachés qui s'applique, selon une partie de la doctrine, au contrat d'entreprise[778]. Cette garantie est rappelée dans les

[773] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[774] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[775] Sur cette obligation dans un contrat de production automobile, CA Paris, 5e ch., 11 févr. 2000, *VICKERS c/ AD MODELAGE.*

[776] À ne pas confondre avec l'obligation de conformité de l'article L. 211-1 du Code de la consommation qui profite au consommateur acquéreur de biens corporels. Cette clause est du type : *« Le Fournisseur en tant que professionnel de sa spécialité, garantit à X, à la date d'expression de « besoin ferme » de ses produits par X, la conformité de ceux-ci à la réglementation en vigueur ou officiellement annoncée comme devant entrer en application à une date précise dans les pays de destination du véhicule, lorsque ces pays sont spécifiés par X »*.

[777] Le vendeur est tenu de garantir ses produits contre tout vice caché en application des articles 1625 et 1641 du Code civil.

[778] V.-P. JACHMIG-JOLY, *La garantie des vices cachés. Essai de théorie générale*, th. Paris II, 1997, n°656, p. 600 : l'auteur estime que *« l'obligation de garantie des vices cachés peut donc exister dans tout contrat synallagmatique commutatif conclu à titre onéreux par lequel une personne, le fournisseur, délivre à une autre, le destinataire, une chose destinée à être utilisée »* ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, hypercours 3e éd., Dalloz, 2009. Ceci est par ailleurs confirmé par l'obligation de conformité introduite dans le Code de la consommation par l'ordonnance du 17 févr. 2005 qui concerne non seulement les contrats de vente, mais également les contrats d'entreprise tendant à la fabrication ou à la production d'un bien meuble qui sont assimilé à des ventes (article L. 211-1 du Code de la consommation).

accords de production par des stipulations expliquant que « *le FOURNISSEUR garantit X, en application notamment des articles 1147 et 1641 et suivants du Code civil français, contre tous vices apparents ou cachés, tous défauts de ses produits résultant notamment d'un défaut de conception, de conformité ou de réalisation ou consistant en un mauvais fonctionnement. Il est tenu d'une obligation de résultat. L'aide que X pourra apporter au Fournisseur pour la réalisation des produits et les audits que X se réserve le droit d'effectuer ne pourront être considérées comme une acceptation de la qualité des produits du Fournisseur qui en restera responsable même après approbation et acceptation des produits par X* »[779].

Outre le choix entre une action rédhibitoire[780] et une action estimatoire[781], l'acquéreur peut-il demander le remplacement ou la réparation des éléments défectueux au titre de la garantie des vices cachés ? Le droit commun n'exclut pas la possibilité d'obtenir la réparation. Cependant, la solution est moins évidente en ce qui concerne son remplacement. Cela aboutirait à modifier l'objet du contrat, « *ce qui se comprend si la vente a porté sur un corps certain, mais est discutable si elle a eu pour objet une chose de genre issue d'une production en série : son remplacement correspond à l'exécution même du contrat* »[782]. Les conditions de mise en œuvre de garantie des fournitures sont alors réunies dans un document identique pour l'ensemble des équipementiers du constructeur. Ces documents organisent tant la mise en œuvre de la garantie légale des vices cachés que la garantie contractuelle.

En effet, il est récurrent de prévoir contractuellement une garantie supplémentaire.

[779] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[780] Sur cette action engagée par le consommateur, v. J.-E. CHEVALLIER, « Les conséquences de l'action rédhibitoire pour vices cachés à travers l'exemple du secteur automobile », *RTD com*, avr.-juin 2010, p. 231.

[781] S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, hypercours, 6e éd., Dalloz, 2010.

[782] P. PUIG, *op. cit.* (v. note n°778), pt. n°462.

b) La garantie contractuelle

273.- La seconde garantie est contractuelle[783]. Elle est généralement de trois années en matière automobile. En effet, la pratique des accords de production automobile veut que l'acheteur dispose du droit de demander la réparation ou le remplacement de la chose viciée[784]. Elle permet à l'équipementier de garantir sa production pour une durée supérieure à celle de la garantie des vices cachés. Elle permet en outre d'organiser contractuellement les conditions de réparation. D'ailleurs, les conditions générales régissant le contrat liant le constructeur et le fournisseur disposent que « *le fournisseur est responsable de son produit et de ses prestations vis-à-vis du constructeur et le cas échéant des tiers* »[785].

Toutefois, reconnaître la responsabilité de l'équipementier quant au dysfonctionnement du véhicule suppose, outre que ce dysfonctionnement ait lieu durant la période de garantie, que la pièce ne fonctionne pas à cause d'un problème de conception ou de fabrication[786]. Il s'agit en l'espèce de ne pas faire supporter par l'équipementier la responsabilité de la défectuosité d'une pièce si celle-ci ne fonctionne pas correctement en raison d'une erreur d'architecture du produit du constructeur.

Par exemple, afin de rendre un nouveau véhicule plus esthétique, le constructeur souhaite que son fournisseur lui livre une antenne de radio destinée à être à l'intérieur de l'aile de la voiture. Ainsi, il n'y a plus d'antenne sur le toit. Une fois le véhicule assemblé, l'antenne radio fonctionne mal. Pour que la responsabilité de l'équipementier soit engagée, il faut que le dysfonctionnement provienne de la qualité de l'antenne. Sa responsabilité ne peut être engagée si l'antenne fonctionne mal parce qu'il y a des interférences dues à un autre élément du véhicule. La faute revient alors au constructeur automobile qui a commis une erreur dans l'architecture du véhicule.

---

[783] Cette garantie contractuelle constitue parfois un argument de vente : X. CHAMPAGNE, « Kia offre une garantie 7 ans/150 000 km sur toute sa gamme », *autoactu.com*, 6 janv. 2010: La peinture est garantie 5 ans (selon le modèle), les équipements audio et de navigation 3 ans (ou 100 000 km), les batteries 2 ans.

[784] Ce qui est admis par la directive du 25 mai 1999.

[785] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[786] Toutefois, la responsabilité du fournisseur n'est pas engagée dès lors qu'il rapporte l'existence d'un cas de force majeure : V. par exemple S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* (v. note n°781) ; L'accord liant le constructeur et l'équipementier (ou les conditions générales le régissant) précise généralement les conditions de mise en œuvre de la force majeure (notification du cas de force majeure au constructeur dans un certain délai, identification et date de survenance de l'événement, énumération des obligations ne pouvant être exécutées…). Cela entraîne alors la suspension des obligations empêchées de la partie notifiante et des obligations correspondantes de la partie notifiée et cela exonère les deux parties de leur responsabilité contractuelle.

De plus, dans une telle situation, il faut définir quelle est l'étendue de la garantie. Lorsque l'équipementier fabrique et assemble une planche de bord du véhicule et que sa responsabilité est engagée, car un dysfonctionnement est constaté sur le compteur de vitesse. L'équipementier doit-il remplacer la planche de bord en entier ou peut-il simplement remplacer la pièce défectueuse ? Le constructeur semble être en droit de demander le remplacement de l'ensemble même si c'est économiquement inopportun.

Aussi, la mise en œuvre de la garantie crée des obligations au bénéfice du consommateur.

2 .Les effets de la mise en œuvre de la garantie

274.- Les conditions générales applicables au contrat constructeur/équipementier prévoient, en cas de manquement contractuel, deux types de réparation[787].

Le type de clause suivant est donc fréquent : « *Le Fournisseur accorde à X (le constructeur) une garantie couvrant le remboursement ou le remplacement gratuit des pièces défectueuses, la main d'oeuvre, le remboursement des dommages causés par la pièce défectueuse à d'autres pièces du véhicule, les frais de distribution et assure le remboursement des coûts de la garantie que X accorde à ses clients. Le Fournisseur prendra également en charge l'ensemble des coûts supportés par X en cas de rappel des véhicules nécessité par un défaut du produit fourni par le Fournisseur* »[788].

Ainsi, soit le fournisseur remplace les fournitures en cause, soit il indemnise l'acheteur[789]. À noter que le remplacement des pièces (a) s'accompagne parfois d'une indemnisation (b).

a) Le remplacement des pièces défectueuses

275.- En cas de manquement contractuel, il est généralement prévu que les pièces de mauvaise qualité seront remplacées. Le même résultat pourrait être obtenu si le constructeur

[787] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[788] *Ibid.*

[789] V. G. NOGATCHEWSKY, « L'exercice du contrôle dans la relation client-fournisseur », *Rev. fr. gest.,* 2003, n° 6, p. 173.

agit en justice afin d'obtenir l'exécution forcée du contrat. En effet, le juge peut contraindre l'entrepreneur à s'exécuter[790].

De même, il est fréquemment prévu dans les conditions générales, que le constructeur peut faire exécuter le contrat par un autre prestataire aux frais du premier. Le constructeur s'évite ainsi un recours en justice qui aurait le même effet. Le constructeur pourrait en effet, en vertu de l'article 1144 du Code civil, être autorisé par le juge à faire exécuter la commande par un tiers aux frais du fournisseur défaillant.

Au demeurant, le fournisseur peut être tenu, outre son obligation de remplacement de la pièce défectueuse, par une obligation d'indemnisation.

b) L'indemnisation du préjudice

276.- L'indemnisation due par le fournisseur au constructeur est calculée en fonction de la somme des fournitures de « non-qualité » et en prenant en compte les coûts supportés par le constructeur ou remboursés par celui-ci à son réseau. Cela comprend le coût des composants remplacés et le coût de la main-d'œuvre du réseau du constructeur nécessitée par la remise en état de fonctionnement du véhicule[791]. À cela s'ajoutent, s'il y a lieu, les coûts réels de campagne de rappel du constructeur[792] et les coûts d'assistance engendrés auprès de la clientèle par la non-qualité du fournisseur.

Il est par ailleurs généralement stipulé dans le contrat un préavis de contestation de cette indemnisation par le fournisseur. Celui-ci présente par écrit au constructeur et dans le respect du préavis contractuel, ses contestations éventuelles. Il est souvent prévu un règlement amiable du litige, ce qui explique l'absence de jurisprudence.

En définitive, les équipementiers d'origine ont un monopole légal sur le marché des pièces remplacées durant la période de garantie. Non satisfaite, la Commission européenne a alors souhaité insuffler davantage de concurrence au-delà de cette période afin de mettre davantage en concurrence les produits des équipementiers d'origine et des équipementiers indépendants. Cette augmentation du degré de concurrence s'effectue alors au niveau des produits.

---

[790] Article 1142 du Code civil.

[791] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[792] Lorsqu'une pièce a un taux de défaillance très important en raison d'une même non-qualité il est procédé à une campagne de rappel des véhicules concernés : L. VOGEL, « Actions de rappel: plaidoyer pour une réglementation », *Les Échos.fr*, 12 juin 2000.

II. La mise en concurrence des produits

277.- Le régime automobile s'attache à insuffler toujours plus de concurrence dans l'après-vente. Bénéficient alors d'un régime original ces produits présents sur le marché secondaire de la distribution, de la réparation et de l'entretien. L'analyse débutera alors par l'identification desdites pièces de rechange (A) avant de se poursuivre par l'étude de leur qualification (B).

A. L'identification des pièces de rechange

278.- Les pièces de rechange sont définies comme « d*es biens qui sont destinés à être montés dans ou sur un véhicule automobile pour remplacer des composants de ce véhicule, y compris des biens tels que les lubrifiants qui sont nécessaires à l'utilisation d'un véhicule automobile, à l'exception du carburant* »[793].

279.- A priori simple, la définition des pièces de rechange soulève deux difficultés :

La première difficulté porte sur la destination de la pièce de rechange, c'est-à-dire sa vocation à être utilisée pour un véhicule automobile au sens du règlement. Certains produits comme les lubrifiants, la peinture, les vis, écrous ou boulons peuvent en effet être à double usage, voire à usages multiples : être utilisés pour un véhicule automobile ou bien pour un véhicule non couvert par le règlement (motocyclette par ex) ou encore pour un autre usage qu'un véhicule. Ces produits ne peuvent être considérés comme des pièces de rechange au sens du règlement que lorsqu'il est possible de prévoir avec suffisamment de certitude qu'ils seront utilisés pour être montés sur un véhicule automobile. À titre d'exemple, un accord conclu entre un fabricant de vis et un magasin de bricolage n'entre pas dans le champ du règlement, même si le fabricant fournit les mêmes vis à un constructeur automobile ou aux garagistes. Ne relève pas davantage du règlement l'accord portant sur la fourniture de peinture ou de lubrifiants aux stations-service, aux grandes surfaces ou aux magasins de bricolage.

[793] Article 1. 1, h) du règlement 461/2010.

Dans ces deux cas, la Commission estime que l'utilisation sur un véhicule automobile est trop incertaine[794].

La seconde difficulté porte sur le caractère nécessaire de la pièce de rechange : elle doit conditionner la bonne utilisation d'un véhicule automobile. Cela exclut les produits que les usages de la profession qualifient d'accessoires, notion reconnue en droit de la propriété intellectuelle[795]. La pièce de rechange est définie par le juge comme ce qui permet de faire fonctionner les appareils[796]. Ne constituent pas des pièces de rechange : les lecteurs de bandes magnétiques, les postes de radio, les alarmes, les lecteurs CD, les kits mains libres pour téléphones portables, les systèmes de navigation GPS ou encore les porte-bagages. Toutefois, lorsque ces produits sont montés sur le véhicule neuf au niveau de la chaîne de fabrication et intégrés avec d'autres pièces ou systèmes du véhicule, ils deviennent des composants de ce véhicule et les pièces nécessaires pour les réparer ou les changer sont des pièces de rechange. La pièce détachée s'intègre à un produit complexe et permet le remplacement d'un composant[797].

Désormais déterminé ce que la Commission européenne entend par pièce de rechange, il est nécessaire d'étudier le régime que l'exécutif européen a érigé aux fins de l'accroissement de la concurrence intermarques.

B. La qualification des pièces de rechange

280.- La qualification est l'« *opération de l'esprit consistant à revêtir une donnée concrète de la qualité qui détermine son régime et ses conséquences juridiques, en le rattachant, par nature, à la catégorie abstraite dont il possède les critères distinctifs* »[798]. Il s'agit donc en l'espèce de donner à un modèle de pièce de rechange une qualification afin de

[794] Cette solution énoncée dans la brochure explicative du règlement 1400/2002 (question n°2, p. 17) est toujours d'actualité.

[795] Article L.713-6 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que *« l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe similaire comme : (référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée (...) ».*

[796] CA Paris 28 févr. 1991, *PIBD*, 1991, III, p. 454.

[797] Article L. 511-5 du Code de la propriété intellectuelle : *« Est considéré comme produit complexe un produit composé de pièces multiples qui peuvent être remplacées »* ; a par exemple été qualifié de pièce détachée les lames d'un rasoir : Cass Com., 3 juill. 2001.

[798] G. CORNU, *op. cit.* (v. note n°263).

pouvoir lui appliquer un régime juridique, régime posé par la directive 2007/46/CE et par les lignes directrices du règlement n°461/2010.

281.- Ainsi, accroître la concurrence intermarques sur le marché de l'approvisionnement des pièces de rechange par le renforcement de la position des producteurs tiers a été fait par la Commission européenne de manière indirecte. La directive 2007/46/CE les lignes directrices du règlement n°461/2010 déterminent la qualification des pièces de rechange de manière à ce que les pièces produites par des producteurs tiers, mais qui ont la qualité de pièces d'origine puissent porter la mention « pièce d'origine » (1). Il fallait cependant écarter tout risque de confusion entre les équipementiers. C'est là l'intérêt du règlement n°461/2010 que d'offrir la possibilité aux équipementiers d'origine d'apposer leur logo sur les composants qu'ils fabriquent pour le compte du constructeur (2).

1. Une mise en concurrence opérée par la qualification de la pièce de rechange

282.- Avant que ne soient établis les critères de qualification[799], les producteurs tiers souffraient d'une définition des pièces de rechange désavantageuse. S'il était reconnu que les pièces de producteurs tiers pouvaient être de qualité équivalente à celles montées d'origine sur les véhicules, l'appellation de celles-ci désavantageait les équipementiers. En effet, le qualificatif de « qualité équivalente » est péjoratif étant donné que le consommateur a l'impression de dénaturer son automobile. Les pièces de « qualité équivalente » n'étant pas, dans l'esprit collectif, aussi bien que les pièces « d'origine ». Cette situation est renforcée par le fait que le réparateur a l'obligation d'informer les utilisateurs finals de manière générale dès lors qu'il utilise également des pièces de rechange de tiers pour effectuer les prestations.

Aussi, la Commission européenne a tenté de mettre davantage en concurrence les producteurs de première monte qui fournissent également le marché secondaire avec les producteurs tiers qui ne fournissent que le marché de la pièce de rechange.

Par conséquent, deux points sont à préciser quant à la qualification revue des pièces de rechange. D'une part quels sont les critères de qualification (a), d'autre part, comment la preuve est faite de la véracité de cette qualification (b).

[799] Initialement par le règlement 1400/2002, cette qualification découle désormais de la directive 2007/46/CE et par les lignes directrices du règlement 461/2010.

a) Les critères de qualification des pièces de rechange

283.- Afin que les équipementiers fabriquant les pièces montées d'origine sur les véhicules ne soient pas trop avantagés face à leurs concurrents, les considérants (19) et (20) des lignes directrices du secteur automobile ainsi que la directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 septembre 2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur[800] définissent ce qu'est une pièce d'origine, comme le faisait le règlement n°1400/2002[801]. Une qualité est un « *critère de valeur qui permet de classer une chose par ordre de mérite, à un niveau supérieur, inférieur ou moyen, relativement aux choses de même genre* »[802].

Ainsi, une pièce d'origine a la même qualité et est fabriquée selon les mêmes procédés et spécifications que la pièce montée d'origine sur le marché primaire de l'incorporation. Cela ne signifie pas que ces normes doivent avoir été développées par lui ; elles peuvent être le fruit d'un programme de développement conjoint ou même avoir été développées exclusivement par l'équipementier[803]. Il faut souligner que le mode de distribution (réseau constructeur ou réseau indépendant) de la « pièce de rechange d'origine » est indifférent à sa qualification[804].

Plusieurs équipementiers peuvent donc fabriquer des pièces d'origine. Au demeurant, le véritable équipementier d'origine (ayant fourni le marché de première monte) ne doit pas pouvoir engager la responsabilité des autres équipementiers d'origine (n'ayant pas fourni ce marché primaire), par exemple sur le fondement du parasitisme[805].

Ainsi, plusieurs situations existent :

---

[800] PE et Cons., 5 sept. 2007, dir.2007/46/CE établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, JOCE n°L. 263 du 19 oct. 2007.

[801] Le règlement 461/2010 ne détermine pas la qualification à donner aux pièces de rechange puisque la directive 2007/46 le fait. Le souhait de simplifier la législation suppose alors de supprimer les doublons dans cette réglementation. Toutefois, afin d'accentuer la lisibilité, les lignes directrices reviennent sur cette qualification.

[802] G. CORNU, *op. cit.* (v. note n°263).

[803] Cette indication donnée par la brochure explicative du règlement 1400/2002 (p. 85) est selon nous toujours d'actualité.

[804] C. ARONICA et C. BOURE, *op. cit.* (v. note n°20), rappelant la position inverse des constructeurs à l'époque du règlement 1475/1995.

[805] Il n'est pas avéré que le parasitisme permet de protéger une caractéristique intrinsèque d'un bien, même si cela correspond au travail de son propriétaire pour être choisi sur le marché primaire. Le « faux » équipementier d'origine réalise alors une économie injustifiée en profitant de cette qualité sans la mériter.

Le fabricant de la pièce est le fabricant de la pièce montée lors de l'assemblage du véhicule. Il faut alors distinguer si :

* La pièce fabriquée destinée au marché secondaire des pièces de rechange est fabriquée selon les mêmes spécifications et les mêmes procédés. La pièce peut alors être qualifiée de pièce d'origine.

* La pièce fabriquée ne l'est pas selon les mêmes procédés et les mêmes spécifications. Dès lors, la pièce n'est pas une pièce d'origine alors même que les changements opérés dans le processus de production ont peut-être été faits dans le sens d'une amélioration de sa qualité. Par conséquent, la pièce peut être qualifiée de pièce de qualité équivalente à la pièce d'origine si c'est le cas ou bien de simple pièce adaptable si la qualité a baissé. D'ailleurs, le considérant (20) des lignes directrices du secteur automobile introduit une considération nouvelle et très subjective. Sont des pièces de « qualité équivalente » les pièces qui ont une « qualité suffisamment élevée pour que leur emploi ne porte pas atteinte à la réputation du réseau ».

Le fabricant de la pièce n'est pas le fabricant de la pièce montée lors de l'assemblage du véhicule. Il faut relever que **«** *le simple fait de vendre un produit similaire à celui d'un concurrent ne constitue pas en lui-même un acte de concurrence déloyale. Il le devient notamment en présence d'un risque de confusion sciemment créé, que n'établit pas en soi la simple copie servile des produits* »[806]. Il est donc tout à fait permis que plusieurs fabricants produisent des biens similaires dès lors qu'il ne sont pas l'objet d'une protection par un droit de propriété intellectuelle (situation étudiée à la section suivante). Plusieurs situations sont alors possibles.

* La pièce fabriquée l'a été selon les mêmes procédés et les mêmes spécifications que ceux utilisés lors de la fabrication de la pièce montée à l'origine au stade de la production. Ces normes sont communiquées par l'équipementier d'origine et la pièce est alors qualifiée de « pièce d'origine ». Cela leur permet d'être compétitifs et crédibles face aux producteurs de pièces d'origine. Or la qualification donnée de la « pièce d'origine » laisse entendre la plus grande difficulté d'obtention de cette mention. Chaque fabricant ayant ses particularismes de conception et fabrication il apparaît difficile pour un tiers concepteur de suivre les spécifications et normes définies par le constructeur. Cela sans préjuger de la qualité de la pièce qui peut être supérieure.

[806] J.-P. VIENNOIS, « Commercialisation de produits identiques à ceux de son concurrent » , *Prop. Ind*., Juill. 2004, n°7, note sous CA Lyon, 3e ch. civ., 8 janv. 2004, *Sté EURO France TEXTILES SA c/ Sté WBH MODE SARL et CAPTIVE SARL.*

* La pièce fabriquée n'a pas suivi les mêmes procédés et spécifications. Elle n'est donc pas une pièce d'origine, mais si la qualité est similaire malgré les différences de production alors elle est qualifiée de pièce de qualité équivalente. Une pièce a une qualité équivalente à une pièce d'origine si son emploi ne porte pas atteinte à la réputation du réseau[807]. Si la qualité n'est pas au moins égale à celle communiquée par l'équipementier d'origine alors la pièce est seulement adaptable.

284.- Il y donc une insatisfaction dans la directive 2007/46 et dans les lignes directrices du règlement n°461/2010 qui laissent entendre que les pièces de rechange « d'origine » sont les plus à même d'être mise en remplacement des pièces défectueuses. Or la mention pièces de « qualité équivalente », qui reste moins flatteuse que « pièce d'origine », ne reflète pas la qualité pouvant être supérieure. La Commission européenne ne va pas jusqu'au bout de sa réflexion en ne prévoyant rien pour les équipementiers fabriquant des pièces de qualité supérieure à la qualité équivalente.

Il faut donner des règles à la certification afin qu'au niveau européen les tests fassent ressortir différents niveaux de qualité. Mais ce n'est peut-être pas l'objectif de la Commission de faire ressortir de tels niveaux. Ce qu'elle souhaite, en matière de mention qualitative, c'est que les produits soient davantage mis en concurrence. Il faut donc limiter quelque peu les écarts de qualité au détriment des équipementiers. De plus, le système de l'autocertification ne permet pas valablement de donner des normes de qualité fiables et précises. Ce qui amène à étudier dans quelles conditions se fait la preuve de la qualification de la pièce de rechange.

b) La preuve de la qualification des pièces de rechange

285.- S'agissant des problèmes de preuve, « *il est présumé, jusqu'à preuve du contraire, que les pièces sont d'origine si le fabricant de la pièce certifie que les pièces satisfont à la qualité des composants utilisés pour l'assemblage du véhicule en question et ont été fabriquées conformément aux spécifications et aux normes de production prévues par le constructeur du véhicule* »[808.] La Brochure relative au règlement n°1400/2002 précisait que

[807] Considérant n°(20) des lignes directrices du règlement 461/2010.

[808] Article 3. 26) de la directive 2007/46/CE.

cette attestation de l'équipementier peut être imprimée sur l'emballage ou la notice d'accompagnement de la pièce ou bien être publiée sur internet[809].

La Commission ne précise pas si un contrôle a posteriori de cette qualification existe, alors qu'il semble nécessaire pour éviter les fraudes. Pour ce qui est des pièces de qualité équivalente, il incombe à l'équipementier de pouvoir délivrer une attestation de qualité, dans les mêmes conditions que pour les « pièces de rechange d'origine », et ce, à tout moment, c'est-à-dire non seulement lors de la vente de la pièce, mais aussi ultérieurement si la pièce est jugée défectueuse[810].

286.- En fin de compte, la directive 2007/46/CE est peu convaincante. Il est dit que les équipementiers certifieront la qualité de leurs pièces. Cette autocertification est peu légitime au regard de la complexité technique de certains éléments. Le fait que la Commission européenne ne prévoit pas un contrôle général ou centralisé auprès des institutions certifiant CE par exemple est étonnant. Les pièces sont certifiées par un organisme assurant au consommateur une protection face aux risques de défectuosité. Cet organisme serait à même d'assurer la qualification des pièces. De plus, nombre de pièces sont fabriquées en Asie, elles sont ensuite certifiées CE, mais comment vérifier la validité de la mention qualitative.

Le consommateur risque par conséquent de ne pas véritablement s'y retrouver et d'être floué par ces qualificatifs. Il doit donc avoir pour repère l'identité de l'équipementier qui a fabriqué la pièce de première monte. C'est pour cela que la Commission a établi le droit de l'équipementier à apposer son logo sur les produits (composants ou pièces détachées) qu'il fabrique.

2. Un risque de confusion des équipementiers écarté par l'apposition du logo

287.- Le risque de confusion entre les équipementiers du fait de la qualification identique des pièces de rechange est écarté par le droit des équipementiers d'origine d'apposer leur logo sur les composants qu'ils fabriquent pour le compte d'un constructeur[811].

En effet, la pratique antérieure voulait que le contrat de fourniture de composant interdise cette apposition, favorisant ainsi la confusion des partenaires et la croyance du

[809] Brochure explicative du règlement 1400/2002, question n°101, p. 89.

[810] *Ibid.*, question n°102, p. 90.

[811] Article 5. c) du règlement 461/2010.

consommateur que le produit est fabriqué directement par le constructeur, le logo de celui-ci figurant dessus. De fait, le consommateur désireux de remplacer cette pièce par une autre identique devait se rendre dans le réseau agréé.

288.- Cette situation ne devant théoriquement plus exister, les constructeurs, fourbes, ont trouvé d'autres pratiques pour restreindre la capacité de l'équipementier de fournir directement le marché secondaire[812].

La plus courante étant le constructeur qui souhaite empêcher l'équipementier de vendre indépendamment des composants en tant que pièce de rechange. Il demande alors à l'équipementier d'apposer sur les composants son logo. De cette manière, il ne peut vendre la pièce pour son compte directement sur le marché secondaire sauf à être coupable de contrefaçon. Les moules coûtant très cher l'équipementier ne peut en fabriquer de nouveaux exempts du logo du constructeur. Il est alors obligé de l'enlever sur la pièce ou de mettre une pièce en métal sur le moule lorsqu'il veut fabriquer des pièces pour son compte, sans qu'apparaisse le logo du constructeur.

Pour éviter qu'il puisse facilement masquer ce logo, le constructeur oblige son partenaire à mettre son logo sur une partie courbée de la pièce. La technique ne permet alors pas de placer une pièce en métal sur le moule. Or en France, le démarquage constitue une contrefaçon, donc il ne peut limer licitement le logo et se retrouve bloqué. Il le fait quand même. Le constructeur ne peut pas de bonne foi ester en justice contre l'équipementier, car ce serait reconnaître sa manoeuvre anticoncurrentielle.

289.- Par ailleurs, les dispositions relatives à la libéralisation des pièces de rechange doivent être mise en perspective avec la pratique des réseaux d'après-vente. L'extension des enseignes de réparation rapide et de distribution de pièces du type « Feu Vert », « Roady » ou encore « Norauto » s'est accompagnée d'une augmentation des marques de distributeurs (appelées MDD). Ces pièces vendues sous la marque du distributeur sont des produits dont le cahier des charges est fixé par celui-ci. Il s'agit tant des caractéristiques commerciales que techniques que le fournisseur doit fabriquer[813]. Distributeur et fournisseur sont alors liés par « un accord de fabrication sous marque de distributeur »[814], c'est-à-dire par une relation de

[812] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[813] Sur ces MDD v. D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°83), pt. n°17.

[814] C. VILMART, « La nouvelle exemption des accords de distribution : une insécurité grandissante », *JCP éd. E* 2010, n°23, p. 1556.

sous-traitance dont le régime est commandé au niveau communautaire par la communication relative à la sous-traitance de 1978[815] qui, soit soumet l'accord au règlement 772/2004 (cas de la sous-traitance avec transfert de technologie[816]) , soit le soumet aux règlements 330/2010 et 461/2010 (cas de la sous-traitance sans transfert de technologie).

Devant le succès de cette formule, les MDD prennent une place de plus en plus grande dans les enseignes qui les distribuent et éliminent petit à petit les produits concurrents des linéaires. Ainsi, si le consommateur conserve généralement le choix entre un amortisseur MDD et un ou deux autres produits concurrents, il n'en va pas de même pour les filtres à air, à huile ou à gasoil, pour lesquels la marque MDD est la seule distribuée. Cette pratique commerciale constitue par conséquent un écran de fumée devant le consommateur qui n'a pas accès à certaines informations favorables à la mise en concurrence des équipementiers. Si la qualité des pièces de rechange (d'origine ou équivalente) est relayée sur l'emballage de la marque distributeur, le consommateur ne peut avoir accès à l'identité du fabricant. De plus, cette situation est aggravée par le fait que ces enseignes de distribution de pièces apparaissent désormais comme le principal lieu d'approvisionnement des particuliers qui se rendent moins facilement dans des structures plus « professionnelles ». La concurrence intermarques est donc affaiblie dès lors que les MDD deviennent les seuls produits proposés dans des enseignes qui de plus, drainent une part importante du marché de la distribution de détail des pièces.

290.- Reste qu'une pratique existe chez les constructeurs automobiles qui est de recommander tel ou tel équipementier. Particulièrement visible sur les huiles et pneumatiques il est certain que les constructeurs ont intérêt à faire apparaître leurs préférences pour favoriser leurs partenaires équipementiers. Peut-être en insistant sur l'aspect social ou écologique des partenaires choisis ou sur les lieux d'installation de leurs usines.

Au demeurant, la libéralisation de l'après-vente automobile par la seule perméabilisation des réseaux de distribution sélective est insuffisante. Les constructeurs ont toujours la possibilité d'imposer à leurs distributeurs, durant la période de garantie, une certaine marque de pièces de rechange. D'autres pièces sont « captives », c'est-à-dire que le constructeur ou son équipementier d'origine est le seul à les fabriquer en raison des droits

[815] *Ibid.*

[816] V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

intellectuels que cela nécessite. La négation de la distribution sélective n’est donc pas suffisante, il faut encore affaiblir les monopoles intellectuels.

SECTION 2

LA RÉGULATION DE LA CONCURRENCE PAR L'AFFAIBLISSEMENT DES MONOPOLES INTELLECTUELS

291.- Pendant plus de deux décennies, les constructeurs automobiles ont érigé sur le marché de l'après-vente des barrières à l'entrée des opérateurs indépendants sous couvert des droits de propriété intellectuels. L'évolution des automobiles a engendré une complexification de celles-ci par l'introduction de l'électronique et par la multiplication des brevets. Ceux-ci ont alors été le moyen pour les constructeurs de monopoliser une part importante de la distribution des pièces et des services de réparation et de maintenance, retenant alors le libre jeu de la concurrence.

D'ailleurs, la conception traditionnelle était que les droits de propriété intellectuelle créaient des monopoles tandis que le droit de la concurrence cherchait à les éliminer. Cependant, les politiques de concurrence et d'innovation ne sont pas antinomiques. Le droit de la concurrence ne prohibe pas le monopole, il prohibe seulement l'abus de position dominante tandis que « *le droit de la propriété intellectuelle confère une exclusivité qui ne correspond pas systématiquement à un monopole* »[817]. Les deux droits ont un rôle complémentaire que la théorie des facilités essentielles permet d'articuler[818].

La propriété intellectuelle constitue la protection juridique de l'innovation[819]. Celle-ci apparaît comme un élément essentiel de concurrence sur le marché. Le droit de la concurrence contrôle alors que le droit de la propriété intellectuelle ne soit pas employé à des fins anticoncurrentielles[820]. La Commission précise d'ailleurs que « *ces deux corpus législatifs ont le même objectif fondamental, qui est de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'innovation constitue une composante essentielle et dynamique d'une économie de marché ouverte et concurrentielle. Les droits de propriété intellectuelle favorisent une concurrence dynamique, en encourageant les entreprises à*

[817] G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles*, th. Paris, LGDJ, 2009.

[818] F. LÉVÊQUE et Y. MÉNIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, La découverte, 2003, p. 122.

[819] E. MACKAAY, « La propriété intellectuelle et l'innovation, analyse économique du droit », *Dr. et pat.*, oct. 2003, n°119, p. 61.

[820] V. p. ex. J. SCHMIDT SZALEWSKI, « Exercice des droits de propriété intellectuelle en tant qu'abus de position dominante » , *in liber amicorum* G. BONET, *Droits de propriété intellectuelle*, Litec, 2010.

investir dans le développement des produits et de processus nouveaux ou améliorés. C'est aussi ce que fait la concurrence en poussant les entreprises à innover. C'est pourquoi tant les droits de propriété intellectuelle que la concurrence sont nécessaires pour promouvoir l'innovation et assurer qu'elle soit exploitée dans des conditions concurrentielles »[821].

Toutefois, l'innovation est un vecteur important du progrès économique. Aussi le droit de la propriété intellectuelle l'encourage en organisant des exclusivités légales d'exploitation. Ces exclusivités permettent d'extraire l'entreprise qui en bénéficie du jeu de la concurrence. Bien qu'elles apparaissent contraires au principe de la libre concurrence, elles sont porteuses de progrès économique. Propriété intellectuelle et concurrence poursuivent donc toutes deux un même objectif bien que l'un repose sur la négation de l'autre. D'ailleurs, le professeur J. TIROLE souligne que la différence existant entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle n'est qu'« *une question de degré* »[822].

La propriété intellectuelle est à la fois vectrice de concurrence et obstacle à la concurrence. « *On imagine donc aisément le casse-tête qui se pose quand, au nom de la propriété intellectuelle, l'entreprise A tente d'interdire à l'entreprise B de poser un acte, et que B répond qu'en faisant cela, A viole le droit de la concurrence. La première invoque son droit exclusif pour interdire ou refuser, tandis que la seconde invoque l'intérêt du marché pour être libre ou forcer l'autre à accepter* »[823].

Aussi il était nécessaire que le droit de la concurrence se confronte au droit de la propriété intellectuelle pour opérer un balancement entre protection des investissements intellectuels et ouverture du marché. Monsieur F. POLAUD-DULLIAN à d'ailleurs souligné « *la fragilité des droits de propriété intellectuelle face à un droit essentiellement jurisprudentiel, donc mouvant et qui fabrique et adapte ses propres concepts en fonction des finalités qui ne sont pas celle de la propriété intellectuelle* » [824].

Ce balancement n'est cependant pas parfait et certains domaines du droit restent fermés par le monopole conféré au titulaire de droits intellectuels. Il n'est d'autant pas parfait qu'il varie selon que l'on considère la position de la CJCE quant à ces problématiques de

[821] Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie, JOUE n°C 101 du 27 avr. 2004, p. 2, pt. n°7.

[822] J. TIROLE, « Quelles finalités pour les entreprises intellectuelles ? », in *Droit et Économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 449.

[823] E. WERY, « Le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle sont-ils incompatibles ? », *Dr. et tech.*, 10 juin 2008.

[824] F. POLAUD-DULLIAN, *Droit de la propriété industrielle* », Dalloz, 2001, p. 44.

conflit entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle ou bien que l'on considère la position de la Commission européenne au travers des règlements d'exemption.

Cela s'illustre par l'application de la théorie des facilités essentielles faite dans la jurisprudence et dans les règlements d'exemption. Il faut par conséquent étudier comment la CJUE concilie l'application du droit de la concurrence et le respect des droits intellectuels (§1) avant d'étudier comment cette conciliation est opérée par la commission européenne au sein des règlements d'exemption (§2).

§ 1. La conciliation par la CJUE du droit de la concurrence et des droits intellectuels

292.- La Cour de justice des Communautés européennes tente depuis déjà plus de deux décennies d'appréhender les monopoles intellectuels au regard du droit de la concurrence. L'affaire IMS[825] apparaît alors comme la consécration de la théorie des facilités essentielles. Il faut par conséquent analyser la jurisprudence antérieure à l'affaire IMS (I) avant de se consacrer à l'étude de celle-ci (II).

I. La jurisprudence antérieure à l'affaire IMS HEALTH

293.- En l'absence d'harmonisation communautaire relative à la rencontre des différents régimes nationaux de protection des pièces détachées, différents conflits ont vu le jour. Les instances communautaires ont alors tenté de trouver un terrain d'entente entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle.

[825] CJCE, 29 avr 2004, *IMS HEALTH*, *Cont. conc. consom.*, n°8-9, août- sept. 2004, p. 17, note S. POILLOT-PERRUZZETTO ; *Prop. intell.*, juill. 2004, n°12, p. 821, comm.V.-L. BÉNABOU ; *Comm comm. élect.*, juin 2004, p. 29, comm. C. CARON ; *Prop. Ind.*, juin 2004, p. 29, comm. F. GREFFE, P. GREFFE et P. KARMINA ; *P. Aff.* , 19 juill. 2004, n°143, p. 26, comm. P. ARHEL ; « Droits de Propriété intellectuelle/Droit de la concurrence : attente d'un dénouement dans les affaires *IMS* et *MICROSOFT* », *Rev. Lamy dr. conc.*, nov. 2004/janv. 2005, n°1, p. 26, comm. J. PEYRE; « IMS-HEALTH : chronique d'une réconciliation espérée », *Legalbiznext*, 26 juin 2004, comm J.-B. CHANIAL et P. MASSOT ; « L'arret IMS HEALTH : une révolution ? », *D.* sept. 2004, p. 2366, F. SARDAIN ; « L'arrêt IMS HEALTH : une décision clarifiante et salutaire tant pour le droit de la concurrence que pour le droit d'auteur », *A&M* oct. 2004, vol. 4, p. 295, E. DERCLAYE ; « Les rapports contrariés entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence », *Legipresse* avr. 2005, vol. 220, p. 57, J.-S. BERGE.

Si l'existence de la protection des pièces détachées a été admise par la jurisprudence *DEUTSCHE GRAMMOPHON* de la CJCE le 8 juin 1971, leur exercice[826] a rapidement été appréhendé par le droit de la concurrence afin d'opérer un balancement entre les intérêts de la propriété intellectuelle et ceux du droit de la concurrence.

Par la suite, deux dates ont forgé le cadre de la l'exercice des droits intellectuels. Le 5 octobre 1988, la CJCE, avec les arrêts Volvo et Maxicar[827], a reconnu que l'exercice de ces droits était soumis à l'article 102 du TFUE (A). Mais il fallut attendre le 6 avril 1995 pour que soient réellement précisées les conditions d'application de cet article aux droits intellectuels (B).

A. Les arrêts Volvo et Maxicar

294.- Dans un premier temps, le droit de la propriété intellectuelle ne s'est pas véritablement confronté au droit de la concurrence, mais au principe de la libre circulation[828]. A ainsi vu le jour la clause de transit, sursaut d'articulation des droits intellectuels avec le droit du marché[829].

---

[826] Sur la frontière entre existence et exercice des droits de propriété intellectuelle : CJCE, 18 févr. 1971, *SIRENA*.

[827] CJCE, 5 oct. 1988 (2 espèces), *VOLVO* c/*VENG* et *MAXICAR* c/*RENAULT*, *JCP éd. G*, 1989, II, 21247, G. BONET.

[828] D'ailleurs, c'est en se fondant sur la liberté de circulation des marchandises que la Cour de justice des Communautés européennes a condamné la réglementation française sur le millésime (CJCE, 27 juin 1996), le texte ayant été par la suite corrigé : Décr. n°2000-576 du 28 juin 2002 qui modifie Décr. n°78-993 du 4 oct. 1978; v. CJCE, 21 mars 2002, *Rec.* I, p. 3193, achat en leasing de voitures à l'étranger, obligations d'un deuxième contrôle technique, atteinte portée à la liberté de prestation de services. Sur ce sujet : J. PASSA, « Le brevet d'invention face aux règles communautaires de libre concurrence et de libre circulation des marchandises », *Dr. et pat.*, oct. 2000, n°86, p. 73 ; CJCE, 2 oct. 2003, pour des plaques d'immatriculation provisoires interdites en Allemagne, incompatibilité de la législation allemande ; CJCE,17 juin 2003, *Rec.* I, p. 6065, taxe sur l'immatriculation de véhicules automobiles neufs instaurée par un État membre qui n'a pas de production nationale de véhicules, non-conformité au droit communautaire ; CJCE, 12 oct. 2000, *SNELLERS AUTO'S BV* c/ *ALGEMEEN DIRECTEUR VAS DE DIENST WEGVERKEER*, « Des entraves à la libre circulation des véhicules neufs importés par un distributeur parallèle peuvent-elles être justifiées ? » *D. aff*. 2000, n°40, p. 419, obs. E. CHEVRIER: constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation (art 30 CE), une réglementation nationale selon laquelle, pour un véhicule importé, la fixation de la date de sa première admission à la circulation au jour de la délivrance de son certificat d'immatriculation est subordonnée à la condition que ce véhicule n'ait pas été immatriculé plus de deux jours dans un autre état membre.

[829] CJCE, 26 sept. 2000, *Commission européenne* c/ *Rép. Fr.*, *D. aff.* 2000, n°43, p. 440. *« la retenue en douane de marchandises légales en transit en France est contraire au principe de libre circulation »*.

Puis, dans le face à face droit de propriété intellectuelle/droit de la concurrence[830], ce sont les arrêts Volvo et Maxicar qui ont lancé le débat[831]. La problématique fondamentale était de savoir si le refus de licence pouvait être constitutif d'un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE. Les deux affaires concernent un refus de licence de Dessins & Modèles relatifs à une carrosserie automobile. Les constructeurs automobiles détenaient des droits relatifs à des Dessins & Modèles sur des composants de carrosserie et refusaient d'accorder des licences à des équipementiers indépendants qui voulaient produire des pièces identiques.

La question préjudicielle posée par les juges nationaux à la Cour de justice dans l'affaire Volvo consistait à savoir si l'exercice du droit ne constitue pas un abus de position dominante au titre de l'article 102. « *Le fait pour le titulaire d'un droit de modèles couvrant des éléments de carrosserie, de refuser d'octroyer à des tiers, même en contrepartie de redevance raisonnable, une licence pour la fourniture de pièces incorporant le modèle ne saurait être considéré en lui-même comme une exploitation abusive de position dominante…* »[832].

Ainsi, la Cour répond que le seul bénéfice d'un droit exclusif ne peut être regardé comme une méthode abusive d'élimination de la concurrence. En d'autres termes, lorsque le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle se borne à exploiter l'une de ses prérogatives essentielles (et, pour le droit d'auteur, il s'agit, principalement, du droit de reproduction et du droit de représentation[833]) il ne dépasse pas l'objet spécifique[834] du droit intellectuel et ne commet donc pas d'abus.

La Cour a déclaré, dans l'affaire Volvo que le droit du titulaire d'un droit intellectuel d'interdire son utilisation constitue « *la substance de son droit exclusif* » et que le fait d'imposer une concession de licence non volontaire affecterait « la substance » du droit en

[830] D. FERRE et C. ARONICA, « La question des pièces détachées automobiles à la lumière du Droit de la concurrence et des Droits de propriété intellectuelle », *Le distr. aut*., oct. 2005.

[831] CJCE, 5 oct. 1988 (2 espèces), *VOLVO c/VENG et MAXICAR* c/ *RENAULT*, *JCP éd. G*, 1989, II, 21247, G. BONET.

[832] *Ibid.*

[833] CJCE, 17 mai 1988, *WARNER BROTHERS*.

[834] L'objet spécifique *« recouvre l'ensemble des dispositions du droit des États membres qui sont indispensables pour que les droits nationaux de propriété intellectuelle aient une existence effective et atteignent ainsi l'objectif que le législateur leur a fixé, c'est-à-dire, assurer la fonction économique qui leur était dévolue »* : D. FERRÉ, « La réforme de l'exemption des « accords automobiles » au regard de la propriété intellectuelle », *JCP éd. E* 2003, *Cah. dr. ent.* n°5, p. 23.

question. Il a alors fallu attendre sept années afin que soit précisé l'apport de cette jurisprudence par l'affaire Magill.

B. L'arrêt Magill

295.- Si les jurisprudences Volvo et Renault posent les bases des principes venant à s'appliquer en cas de conflit entre le droit industriel et droit de la concurrence, ce n'est que quelques années plus tard que la jurisprudence va offrir de véritables exemples malmenant des droits de propriété intellectuelle face à un refus de licence[835]. C'est avec la jurisprudence de la CJCE du 6 avril 1995 « Magill » que la théorie des facilités essentielles va éclore[836]. Cette expression ne sera toutefois pas tout de suite employée[837].

296.- En Grande-Bretagne et en Irlande, les chaînes de télévision publiaient des grilles de programme séparées dans leurs guides respectifs. Lorsque le magazine TV Magill a souhaité éditer un guide complet pour toutes les chaînes, celles-ci ont tenté de l'en empêcher en opposant leurs droits d'auteurs.

La Commission décida[838] que les programmes hebdomadaires établis à l'avance « *constituent la matière première essentielle du guide* ». Par la suite, le TPICE, dans les trois arrêts relatifs à cette affaire (Magill c/BBC, c/RTE et c/ITP), précise que les éditeurs tels que

---

[835] Bien que d'autres affaires antérieures aient déjà fait application de la théorie des facilités essentielles, même de manière implicite. V. notamment Comm. CE, 14 déc. 1972, *ZOJA*/CSC-ICI et CJCE, 6 mars 1974, *ISTITUTO CHEMOTERAPICO ITALIANO ET COMMERIAL SOLVENTS CORPORATION* c/Commission ou Comm. CE, 8 déc. 1977, *HUGIN* c/ *LIPTONS* et CJCE, 31 mai 1979, *HUGIN KASSAREGISTER AB ET HUGIN CASH REGISTERS* Ltd c/Commission ; pour une étude de ces affaires, V. G. DEZOBRY, *op. cit.* (v. note n°817).

[836] M. BAZEX, « Entre concurrence et régulation, la théorie des « facilités essentielles » », *Conc. consom.,* janv.-févr. 2001, n°119, p. 37 ; La théorie des facilités essentielles vient du droit américain : L. RICHER, « Le droit à la paresse ? – « essential facilities », version française », *D.* 1999, chron. p. 523.

[837] L'expression de la théorie des facilités essentielles est consacrée en droit communautaire: Expression consacrée la première fois par TPICE 15 sept. 1998, *Europe* 1998, n°337, obs. L. IDOT ; puis en droit français : Expression consacrée la première fois par : Cons. conc., 3 sept. 1996, *HELI-INTER*, déc. n°96-D-51, Rapp. Annuel 1996, 58, p. 490 ; Décision confirmée par CA Paris, 9 sept. 1997, *D. aff.* 1997, p. 1416 ; *RTD Civ.* 1998, p. 102, obs. J. MESTRE.

[838] Comm. CE, 21 déc. 1988, *MAGILL TV GUIDE* c/*ITP, BBC et RTE* ; CJCE, 6 avr. 1995, *MAGILL*, *Rec.* CJCE 1995, I, p. 743 : « Les droits nationaux de propriété intellectuelle à l'épreuve du droit communautaire : à propos de l'affaire Magill », *RJDA* 1995, 8-9, p. 735, L. DE GAULE; *RTD eur.* Oct.-déc. 1995, vol. 4, obs. G. BONET, p. 835 ; *RTD Eur* 1996, p. 747, obs. J.-B. BLAISE et L. IDOT ; « L'arrêt Magill : une révolution ? », *D.* 1996, chronique, p. 119, B. EDELMAN; « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante: à propos de l'arrêt Magill de la CJCE », *JCP éd. G* 1996, n°47, doct., 3883, M. VIVANT ; « L'arrêt Magill : une décision d'espèce ? », *RIDA* janv. 1996, vol. 167, p. 3, T. DESURMONT.

Magill « *se trouvent dans l'impossibilité d'éditer un guide s'ils ne disposent pas de l'ensemble des grilles de programmes hebdomadaires* »[839].

Enfin, la CJCE trancha en faveur de Magill en relevant que les informations relatives aux programmes constituent « *la matière première indispensable pour créer un guide hebdomadaire de télévision* »[840]. Dans sa solution, la CJCE rappelle sa position antérieure en estimant qu'« *un abus de position dominante » ne peut être conféré par « le simple fait d'être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle* ».

La Cour poursuit sa réflexion débutée avec les arrêts Volvo et Maxicar en estimant que le refus de licence a « *fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau (...) pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs* ». Cela constitue « *un abus* ». Par conséquent, c'est « *l'exercice du droit exclusif par le titulaire » qui peut « dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif* ».

La doctrine a été troublée par l'apport de cet arrêt Magill qui faisait craindre une remise en cause profonde des monopoles légaux conférés par les droits intellectuels[841]. L'affaire a fait de la théorie des facilités essentielles un instrument permettant de moduler la protection conférée par un droit intellectuel de manière injustifiée[842]. En l'espèce, le droit d'auteur ne présentait pas de caractère novateur et ne récompensait pas des investissements de quelque nature que ce soit[843]. Cette théorie a notamment pour objet de rattraper les errances du droit de la propriété intellectuelle qui à force de surprotéger, ne favorise plus l'innovation[844].

297.- L'apport de cet arrêt a par la suite reçu application avec l'arrêt du TPICE du 12 juin 1997 *TIERCÉ LADBROKE*. Toutefois, les juges ont estimé que la condition de « *circonstances exceptionnelles* » posée par l'arrêt Magill n'était pas remplie, notamment parce que le plaignant était en position dominante.

---

[839] TPICE, 10 juill. 1991 (trois espèces), *RTE* c/Commission, *Rec.* p. II-485 ; *BBC* c/Commission, *Rec.* p. II-535 ; *ITP* c/Commission, *Rec.* p. II-575.

[840] CJCE, 6 avr. 1995, *MAGILL*, *op. cit.* (v. note n°838).

[841] B. EDELMAN, *« L'arrêt Magill : une révolution ? »*, *D.* 1996, chronique, p. 119, note sous CJCE, 6 avr. 1995, *MAGILL*.

[842] G. DEZOBRY, *op. cit.* (v. note n°817), p. 265, pt. n°417.

[843] Sur cette utilisation abusive du droit d'auteur : V. M. GLAIS, « infrastructure et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *REI*, 1998, n°85, p. 85.

[844] V. p. ex. J. TIROLE, *op. cit.* (v. note 822) ; G. DEZOBRY, *op. cit.* (v. note n°817), p. 265, pt. n°417.

Depuis Magill, la jurisprudence française a également reconnu comme étant des facilités essentielles la liste des abonnés du téléphone au titre d'une base de données[845], de données publiques tels le répertoire des entreprises SIRENE[846], ou les cartes maritimes[847].

298.- Par ailleurs, l'affaire Bronner[848] a permis de préciser la portée de l'arrêt Magill. Il n'était en l'espèce pas question de droits de propriété intellectuelle. M. Bronner, propriétaire d'un petit quotidien, accusait Mediaprint d'abus de position dominante. Le principal éditeur de journaux quotidiens en Autriche lui avait refusé l'accès à son système national de livraison à domicile.

La Cour ne limite pas son apport à la confrontation du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence. Il s'agit donc pour la CJCE de définir de manière générale quand est-ce qu'un refus de contracter peut constituer un abus de position dominante. La condition de l'existence de « *circonstances exceptionnelles* » n'est donc pas limitée à un contenu immatériel.

Avec l'arrêt Magill, c'est la problématique fondamentale qui a été modifiée. Il ne s'agit plus de savoir si les règles du droit de la concurrence doivent s'appliquer au droit de la propriété intellectuelle, mais de savoir quand elles doivent s'appliquer. La Cour n'a toutefois pas donné des éléments précis de réponse, se limitant à l'existence de « *circonstances exceptionnelles* ». C'est dire si l'attente a été longue jusqu'en 2004 et l'affaire IMS.

II. L'affaire IMS

299.- Dans l'affaire IMS HEALTH[849] , la Commission européenne avait pris une position atténuant profondément les monopoles légaux conférés par les droits intellectuels au profit de la concurrence. La CJCE a par la suite été saisie de l'affaire. Le dénouement était alors très attendu.

---

[845] CA Paris, 29 juin 1999, confirmé par Cass. Com., 4 déc 2001, *Comm. com. elec*. 2002, com. 38, C. VILMART ; *Propr. Indus*. 2002, comm. 12, obs J. SCHMIDT-SZLAZWSKI ; *Cont. conc. consom*. 2002, comm. 46, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

[846] Cons. conc., 10 juill. 1996, *JCP éd. E* 1997, 683, §1.

[847] Cons. conc., 25 févr. 1997, rapp. Annuel 2004, § 141.

[848] CJCE, 26 nov. 1998, *OSCAR BRONNER* c/ *MEDIAPRINT*.

[849] CJCE, 29 avr 2004, *op. cit.* (v. note n°825).

Par la décision préjudicielle rendue le 29 avril 2004, la CJCE a donné des règles relatives au balancement à opérer entre droits de la propriété intellectuelle et droit communautaire de la concurrence. Afin de commenter au mieux l'ensemble de cet arrêt, il faut examiner dans un premier temps les faits de cette affaire (A) avant d'analyser ses apports (B).

A. Les faits juridiques de l'affaire IMS HEALTH

300.- Les sociétés IMS HEALTH (ci-après «IMS») et NDC HEALTH (ci-après «NDC») sont deux entreprises concurrentes sur le marché du suivi des produits pharmaceutiques et de santé. IMS distribue des données sur les ventes régionales de ces produits en Allemagne. Ces données sont organisées selon une structure modulaire comportant 1 860 modules ou une structure dérivée comportant 2 847 modules. Chacun de ces modules correspond à une aire géographique particulière et intègre différents paramètres de densité de population, de circonscription administrative, de transports…

NDC distribue le même type d'informations[850]. Initialement, sa structure était fondée sur 2 201 modules. Mais en raison de l'importance des habitudes prises par leurs clients quant aux structures « IMS », NDC a fait évoluer sa production pour qu'elle corresponde à une structure de 1 860 ou 3 000 modules, ce qui la rend très proche de son concurrent.

Or les modules d'IMS étaient susceptibles de protection par le droit d'auteur. Les tribunaux nationaux allemands ont relevé que IMS commercialisait gratuitement ses structures modulaires, ce qui contribue à en faire les normes du secteur. IMS a toutefois obtenu en 2000 des tribunaux germaniques une injonction interlocutoire[851] interdisant à son concurrent d'utiliser la même structure modulaire que lui.

[850] Un ancien gérant d'IMS a créé, après avoir quitté son emploi en 1998, Pharma Intranet Information AG (ci-après «PII»), dont l'activité consistait aussi à vendre des données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne, formatées également sur la base de structures modulaires. PII a, dans un premier temps, essayé de vendre des structures comportant 2201 modules. En raison des réticences manifestées par des clients potentiels, habitués aux structures comportant 1860 ou 2847 modules, elle a décidé de travailler avec des structures comportant 1860 ou 3000 modules, très proches des structures utilisées par IMS. PII a par la suite été acquise par NDC.

[851] Le Landgericht (Tribunal de grande instance) Frankfurt am Main a rendu le 27 oct. 2000 une injonction interlocutoire,. qui a d'abord été confirmé par un jugement du Landgericht Frankfurt am Main du 16 nov. 2000 puis par un jugement du Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Cour d'appel régionale) du 12 juill. 2001.

En se fondant sur l'article 102 du TFUE relatif aux abus de position dominante, NDC saisit la Commission européenne le 19 décembre 2000 afin d'obtenir une licence d'exploitation sur ces droits.

Par une décision du 3 juillet 2001[852], l'autorité communautaire de la concurrence a fait droit à la demande de NDC en décidant de mesures provisoires enjoignant IMS « *d'accorder sans délai et sur une base non discriminatoire, à toutes les entreprises présentes sur le marché des services de fourniture de données sur les ventes régionales en Allemagne, une licence d'utilisation de la structure à 1 860 modules, afin de permettre à ces entreprises d'utiliser et de vendre des données sur les ventes régionales formatées sur cette structure* ». Cette solution a été reçue par la doctrine comme mettant en péril la propriété intellectuelle[853].

301.- La Commission s'est fondée sur trois éléments :

L'utilisation de la structure de 1 860 modules ou d'une structure compatible est indispensable pour entrer en concurrence sur le marché.

Le refus d'accorder une licence n'est pas fondé sur un motif objectif.

L'existence d'« *une distinction importante entre le produit, en l'occurrence les services de fournitures de données sur les ventes régionales, et la structure modulaire en fonction de laquelle les données utilisées pour créer ces services (étaient) formatées* »[854]. Et la Commission d'ajouter qu'il n'était pas « *nécessaire qu'un refus empêche l'apparition d'un nouveau produit pour qu'il soit considéré comme un abus* »[855].

Par cette décision la Commission européenne fait une application extensive de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle[856].

302.- Ultérieurement, IMS demanda le sursis à exécution de cette décision ainsi que son annulation[857] devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes. Par

[852] Comm. CE, 3 juill. 2001, IMS HEALTH. La Commission a adopté une mesure provisoire par la décision 2002/165/CE relative à une procédure d'application de l'article 82 CE : Affaire *COMP* D3/38.044 – *NDC HEALTH/IMS HEALTH*: mesures provisoires, JO 2002, L 59, p. 18.

[853] C. CARON, *JCP éd. E* 2002 p. 1052.

[854] Considérant n°184.

[855] Considérant n°180.

[856] V.-L. BENBABOU, *Prop. Intell.*, n°3, p. 118.

[857] Par requête déposée au greffe du Tribunal de première instance des Communautés européennes le 6 août 2001, *IMS* a, en vertu de l'article 230 CE, demandé l'annulation de la décision 2002/165. Par acte déposé le même jour, elle a, en vertu des articles 242 CE et 243 CE, demandé le sursis à l'exécution de cette décision jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le fond.

ordonnance du 26 octobre 2001[858], le président du TPICE y a fait droit estimant que réduire le droit d'auteur « *à un droit purement économique de percevoir des redevances édulcore l'essence de ce droit* »[859]. Le recours formé par NDC contre cette ordonnance de référé auprès du président de la CJCE fut rejeté par une ordonnance du 11 avril 2002[860].

303.- Afin d'empêcher l'emploi de structures similaires aux siennes, IMS a alors introduit un recours devant les juridictions allemandes.

Trois questions préjudicielles ont été posées par le juge germanique au juge communautaire. La première porte précisément sur les conditions d'application du droit de la concurrence aux droits intellectuels et notamment de savoir quand est-ce qu'un refus de licence constitue un abus de position dominante. Les deux autres n'intéressent guère notre étude[861].

Le juge répond que le refus, opposé par une entreprise qui détient une position dominante et qui est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une structure modulaire indispensable pour la présentation de données sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques dans un État membre, d'octroyer une licence pour l'utilisation de cette structure à une autre entreprise constitue un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE dès lors que les conditions suivantes sont réunies :

* le refus de licence empêche l'apparition d'un produit nouveau pour lequel existe une demande potentielle des consommateurs.

* le refus n'est pas justifié par des considérations objectives.

* le refus permet au titulaire des droits intellectuels de se réserver le marché de la fourniture des données en excluant toute concurrence.

---

[858] Ordonnance du 26 octobre 2001, *IMS HEALTH*/Commission : T-184/01 R, *Rec.* p. II-3193.

[859] TPICE, 26 oct 2001, Ord. *IMS HEALTH*, *Rec.* p. II-3193.

[860] Ordonnance du président de la Cour du 11 avril 2002, *NDC HEALTH/IMS HEALTH* et Commission, C-481/01 P(R), *Rec.* p. I-3401.

[861] Par sa seconde question, le tribunal national a cherché à établir dans quelle mesure la participation des utilisateurs au développement de la base de données à 1.860 modules a une incidence sur la question du comportement abusif. La troisième question enfin a trait à l'incidence de l'effort d'adaptation que devraient consentir les utilisateurs potentiels pour pouvoir acquérir des produits reposant sur une structure différente.

Pour la Cour, les deux questions suivantes concernent le postulat sur lequel repose la première question, puisqu'elles visent à connaître les critères pertinents pour apprécier si l'utilisation de la structure à 1860 modules est indispensable à un concurrent potentiel pour accéder au marché.

304.- En apportant des précisions quant à cette construction prétorienne antérieure, le juge communautaire semble s'être essayé à trouver l'équilibre délicat entre droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence[862]. Ces rapports demeurent complexes puisque la réglementation de la propriété intellectuelle relève des législations nationales[863]. Une étude détaillée des apports de cette affaire s'impose alors.

B. les apports de l'affaire IMS

305.- Trois apports résultent de l'arrêt IMS de 2004[864] (1). Ces apports ont par la suite reçu de légères évolutions par l'arrêt Microsoft qui sans les modifier, a permis de les préciser[865] (2).

1. Les apports

306.- La CJCE a dans l'arrêt IMS[866] précisé trois points, affûtant ainsi sa théorie des facilités essentielles. Le premier porte sur l'éventuel cumul des conditions de reconnaissance de l'abus de droit intellectuel. Les deux suivants portent spécifiquement sur deux de ces trois conditions.

307.- Des conditions cumulatives. L'arrêt Magill avait précisé que pour que puisse être caractérisé un abus de position dominante en matière de droit de propriété intellectuelle, il fallait que trois conditions soient remplies[867]. Il faut que ce refus fasse obstacle à l'apparition

[862] Toutefois, cet équilibre pouvait paraître rompu par la solution retenue par la Commission dans sa décision du 3 juill. 2001. En effet, se fondant sur une interprétation de la jurisprudence antérieure, la décision de la Commission aboutissait à dénaturer l'objet spécifique du droit d'auteur.

[863] Article 295 du TCE: *« Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres »*.

[864] Pour une analyse de cette affaire : T. RAMSAUER, « Just another brick, la Cour européenne de justice se prononce sur l'interface entre le droit européen de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle (*IMS HEALTH c. NDC HEALTH*, 29 avril 2004) », *e.Bulletin du droit d'auteur*, avril-juin 2004 ; J-B. CHANIAL et P. MASSOT, « *IMS-HEALTH* : chronique d'une réconciliation espérée », *Legalbiznext,* 26 juin 2004 ; A. ALBERINI et P. KELLEZI, *www.unige.ch/ceje*, actualité n°416, 9 oct. 2007.

[865] L. IDOT et C. PRIETO, comm. CJCE, 29 avr. 2004, aff. *IMS HEALH* et Comm. CE, 24 mars 2004, aff. *MICROSOFT* : *RDC* 2005, n°2, p. 315.

[866] CJCE, 29 avr 2004, *op. cit.* (v. note n°825).

[867] Pour une remise en cause de ces trois conditions : G. DEZOBRY, *op. cit.* (v. note n°817).

d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé.

Or, la Commission, dans sa décision du 3 juillet 2001, avait affirmé qu'il n'était pas nécessaire « *qu'un refus de livrer empêche l'apparition d'un nouveau produit pour qu'il soit considéré comme un abus* » [868]. Cela revenait à considérer que les trois conditions posées par Magill n'étaient pas cumulatives.

Après avoir affirmé le caractère cumulatif de ces conditions, le juge communautaire a précisé deux de ces conditions, celle relative au marché dérivé et celle relative à l'apparition d'un produit nouveau.

308.- L'identification d'un marché dérivé. « *Il est déterminant que puissent être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval* ». Selon l'avocat général A. TIZZANO, il est possible d'identifier un marché en amont, qui concerne l'accès à la structure modulaire, qui se trouve monopolisé par le titulaire du droit d'auteur, et un marché dérivé, qui concerne la vente des études[869]. On peut relever à cet égard que la CJCE donne une définition très extensive de la notion de marché dérivé.

Précisant l'analyse de l'arrêt Bronner[870], la Cour note que pour déterminer si un produit ou un service est indispensable pour permettre à une entreprise d'exercer son activité sur un marché déterminé, il convient de rechercher s'il existe des produits ou des services constituant des solutions alternatives, même si elles sont moins avantageuses, et s'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur ledit marché de créer des produits ou services alternatifs[871]. Il a ainsi été jugé qu'en raison de l'existence

[868] Considérant n°180.

[869] Conclusions présentées le 2 oct. 2003, pt. n°60, sous CJCE, 29 avr. 2004, *IMS HEALTH*, *Rec.* p. I-5039.

[870] CJCE, 26 nov. 1998, *OSCAR BRONNER* c/*MEDIAPRINT*.

[871] L. IDOT, « Dans quelle mesure le droit de la concurrence (déloyale) impose-t-il de donner à d'autres opérateurs économiques accès à des infrastructures, services ou informations qu'il détient ? », *RIC* 1998, n°186, p. 30 ; M. THILL-TAYARA et C. COUADOU, *op. cit.* (v. note 632) ; G. FRANÇOIS, « L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles », *JCP éd. E*, n°47, 24 nov. 2005.

d'une solution de substitution, accessible facilement et à un faible coût, le refus de consentir une licence sur le logiciel revendiqué n'est pas abusif[872].

Dernier apport de l'arrêt IMS, le juge réaffirme d'exigence d'une restriction à l'apparition d'un produit nouveau.

309.- L'apparition d'un produit nouveau. La CJCE réaffirme l'exigence d'une restriction à l'apparition d'un produit nouveau pour qu'un abus de position dominante puisse être caractérisé. M. TIZZANO, avocat général, précise que « *le refus de licence ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter en substance à reproduire les biens ou les services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais à l'intention de produire des biens ou services présentant des caractéristiques différentes, qui - même s'ils viennent en concurrence avec les biens ou services du titulaire du droit de propriété intellectuelle - répondent à des besoins spécifiques des consommateurs qui ne sont pas satisfaits par les biens et services existants* »[873].

Suivant les demandes de l'avocat général, la CJCE précise que « *le refus d'une entreprise en position dominante de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, alors que ce produit est indispensable pour agir sur un marché dérivé, ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs* »[874].

L'exigence d'une restriction à l'apparition d'un produit nouveau est le pivot de l'application du droit de la concurrence. La Commission européenne dans l'arrêt IMS de 2001 avait rejeté cette condition au profit de l'existence d'une restriction à l'apparition d'un produit concurrent. « *Cette exigence de nouveauté, qui apparaît aujourd'hui comme le* « *rempart* » *contre une extension plus avancée du droit de la concurrence (qui aboutirait à dénaturer le droit d'auteur), est aussi la condition nécessaire pour trouver un équilibre entre*

[872] Cons. conc., 9 nov. 2004, déc. n°04-D-54, 9 nov. 2004, Pratiques mises en œuvre par la société APPLE COMPUTER, INC. Dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques : note M. MALAURIE-VIGNAL, *Cont. conc. consom.*, n°1, janv. 2005.

[873] Conclusions précitées de M. TIZZANO, avocat général, pt. n°62.

[874] CJCE, 29 avril 2004, pt n°49.

les intérêts en présence, à savoir le droit de la concurrence, les droits des consommateurs et le droit de la propriété intellectuelle »[875].

L'apport des arrêts Volvo et Maxicar[876] n'est donc pas remis en cause et l'existence de droits intellectuels non plus. La CJCE détermine dans quelles conditions le droit de la concurrence doit s'appliquer aux monopoles légaux du droit de la propriété intellectuelle. Ces monopoles ne sont pas directement affaiblis par la CJCE. En admettant que les trois conditions cumulatives soient réunies, la licence forcée donne au preneur accès à un marché différent du marché sur lequel se trouve le donneur. Cet affaiblissement a par la suite été confirmé par l'affaire MICROSOFT.

2. L'affaire MICROSOFT

310.- La société Sun Microsystems a porté plainte après Microsoft qui refusait de communiquer les informations nécessaires à l'interopérabilité entre les systèmes d'exploitation pour PC Microsoft et les produits d'autres entreprises.

Cette affaire fit l'objet le 24 mars 2004 d'une décision de la Commission européenne[877]. Celle-ci, une fois de plus favorable à la concurrence au détriment des monopoles intellectuels, a estimé que Microsoft était coupable d'abus de position dominante de Microsoft dans le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe et dans le marché des lecteurs multimédias. L'exécutif européen a considéré que Microsoft utilisait sa position dominante pour entraver ses concurrents dans les marchés secondaires en refusant de fournir des informations relatives à l'interopérabilité et en liant le système d'exploitation avec son logiciel de lecteur multimédia.

La Commission a repris les critères appliqués par la CJCE dans l'affaire IMS mais en a ajouté un quatrième qui est « *l'impact sur l'innovation* ». Cette condition d'« *impact* » n'est cependant qu'une variante de la condition relative à la restriction à l'apparition d'un produit nouveau. En effet, une restriction à l'innovation a un impact direct sur l'apparition de nouveaux produits. La Commission considéra que les consommateurs choisissaient un serveur

[875] J.-B. CHANIAL et P. MASSOT, « *IMS-HEALTH* : chronique d'une réconciliation espérée », *Legalbiznext,* 26 juin 2004.

[876] CJCE, 5 oct. 1988 (2 espèces), *VOLVO* c/ *VENG* et *MAXICAR* c/*RENAULT*, *JCP éd. G*, 1989, II, 21247, G. BONET.

[877] Comm. CE., 24 mars 2004, *MICROSOFT*, « L'affaire *MICROSOFT*, beaucoup de bruit pour rien ? », *Cont. conc. consom. n*°5, mai 2004, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

d'exploitation uniquement en fonction de l'interopérabilité avec les logiciels d'exploitation sur PC.

311.- Le Tribunal de première instance des communautés européennes, réuni en grande chambre de treize juges, a conforté la position de la Commission dans un arrêt du 17 septembre 2007[878].

Deux évolutions ont toutefois été apportées. Le tribunal admet pour la constitution de l'abus qu'il existe seulement un risque d'exclusion de la concurrence. La jurisprudence antérieure exigeait que cette exclusion soit certaine.

Le tribunal admet par ailleurs que le refus de licence n'empêche pas l'apparition de produits nouveaux, mais qu'il fasse seulement obstacle au développement technique des produits en empêchant l'apparition de fonctionnalités nouvelles sur des systèmes préexistants. Il est important que les conditions de l'abus de droit portent autant sur des produits nouveaux que sur l'amélioration de produits existants. La difficulté tient à l'appréciation du degré d'innovation. Lorsque les licences visent l'amélioration plutôt que l'innovation, il convient de retenir le marché des produits existants et non le marché de l'innovation.

312.- Au fil de l'étude diachronique de la jurisprudence de la Commission européenne et du pouvoir judiciaire européen a été identifiée la manière dont le droit de la concurrence et le droit de propriété intellectuelle sont mis en balancement par la CJCE. Le critère des « *circonstances exceptionnelles* » est affiné et l'application de la théorie des facilités essentielles encadrée.

Cela ne semble toutefois pas très clair pour le juge interne. Illustre cela l'arrêt de la Cour de cassation du juillet 2005 [879] relatif au logiciel PRESSE 2000 des Nouvelles Messageries des Presses Parisiennes. La Cour n'a pas considéré comme une facilité essentielle ce programme au motif que : « *déterminant par de tels motifs impropres à établir que des*

[878] TPICE, 17 sept. 2007, *MICROSOFT*, *Cont. conc. consom*. oct. 2007, « Jugement MICROSOFT : vers une banalisation de la propriété intellectuelle dans l'analyse d'abus de dominance ? », M. DEBROUX ; « Abus de position dominante de MICROSOFT : le tribunal de première instance confirme… et MICROSOFT se soumet ! », *Cont. conc. consom*. nov. 2007, D. BOSCO ; *RTD Com*. oct.-déc. 2007, p. 715, comm. F. POLLAUD-DULIAN ; « La décision du TPICE contre MICROSOFT : où est passée l'économie ? », *Lamy dr. conc.* janv.-mars 2008, p. 22, F. LEVEQUE ; « Être interopérable ou ne pas être : telle est la question ! » (à propos de l'arrêt Microsoft du TPICE du 17 sept. 2007), *Com. com. élect*. mars 2008, p. 8, M. BEHAR-TOUCHAIS.

[879] Cass. Com., 12 juill. 2005, *NMPP* (Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne), *JCP éd.* E n°47, 24 nov. 2005, 1701, note M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom*. nov. 2005, comm. n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2006, pan. p. 512, obs. D. FERRIER ; *D.* 2006, p. 2226, note R. BERTIN; C*ont. conc. consom.*, avr. 2006, p.25, note G. DECOCQ.

solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses que celles dont bénéficient les NMPP, ne pourraient être mises en œuvre par les MLP qui avaient admis devant le Conseil être en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent à Presse 2000 et avoir mis en place un logiciel qui leur permettrait d'adapter les quantités livrées au réseau et de communiquer avec ce dernier, et faute par conséquent de constater que le tronc commun du logiciel Presse 2000 serait indispensable à l'exercice de l'activité des MLP ».

Avec cet arrêt la Cour fait une application restreinte de la théorie des facilités essentielles. Toutefois, il ne faut pas voir cela comme un arrêt de principe. Les juridictions communautaires se sont encore peu engagées sur la mise en œuvre de cette théorie et il est difficile pour le juge interne de statuer. D'ailleurs, en Italie, la décision Merck de l'Autorità Garante de della Concorrenza e del Mercato (AIT), institution équivalente au Conseil de la Concurrence en France, est la solution inverse de celle de la Cour de cassation. En l'espèce, il était question d'un refus de licence dans le domaine pharmaceutique. La licence a alors été forcée.

L'harmonisation de l'application de la théorie des facilités essentielles devra par conséquent venir du niveau communautaire.

Toutefois, le débat sur la balance des intérêts concurrentiels et intellectuels n'est pas clos. Il est temps de confronter la jurisprudence de la CJCE aux règlements automobiles et au règlement 772/2004 qui transcrivent la politique réglementaire de la Commission européenne. En effet, comme dans l'arrêt IMS, la Commission et la CJCE sont en désaccord.

Il faut alors distinguer la manière dont la CJUE a concilié le droit de la concurrence et les droits intellectuels de la manière dont cette conciliation est opérée par la Commission européenne dans les règlements d'exemption.

§2. La conciliation par la Commission européenne du droit de la concurrence et des droits intellectuels

313.- Intégrant à sa réflexion les droits intellectuels, la Commission européenne s'est positionnée avec les règlements automobiles en rupture avec la réglementation antérieure[880]. Ce régime s'attache à soumettre les droits intellectuels au droit de la concurrence. Il est alors

[880] D. FERRÉ, *op. cit.* (v. note n°834)..

intéressant d'observer comment l'exécutif européen fait application de la jurisprudence communautaire dans ses règlements d'exemption.

Le régime relatif aux prestations d'après-vente a-t-il ouvert une brèche dans la jurisprudence de la CJCE ? Les règlements d'exemption de la Commission européenne font-ils une juste application des arrêts Magill, IMS et Microsoft ?

Mais plus largement que les règlements d'exemption, la Commission a initié une réflexion plus profonde sur l'application du droit de la concurrence aux droits des Dessins & Modèles. Cela a débouché sur la « *clause de réparation* » qui s'applique spécifiquement au secteur automobile. Cette clause a pour objectif d'accroître la concurrence sur le marché de l'après-vente d'un bien complexe dont les opérations de réparation nécessitent l'emploi de pièces protégées. Le secteur automobile apparaît une fois de plus comme le support d'un régime « prototype ».

Il faut par conséquent analyser au regard de la théorie des facilités essentielles le régime des droits intellectuels dans le régime automobile (I) puis le régime spécifique de la clause de réparation applicable aux pièces visibles (II).

I. Le régime des droits intellectuels dans l'après-vente automobile

314.- Il est peut être légitimement présumé qu'un constructeur automobile « *est en position dominante sur les marchés des informations techniques relatives aux véhicules de sa marque pour les éditeurs et pour les réparateurs* »[881]. Or, en vertu des règlements automobiles, chaque distributeur ou réparateur indépendant doit pouvoir, dans des conditions financières et de délais raisonnables, accéder aux informations techniques lui permettant d'effectuer l'ensemble des services de maintenance et de réparation[882]. Soit directement auprès du constructeur ou de son réseau (A), soit auprès d'un éditeur de brochures techniques[883] auquel le constructeur aura transmis les droits d'auteurs (B).

[881] Cons. conc. 20 septembre 2006, déc n°06-D-27.

[882] Lignes directrices du règlement 461/2010, pt. n°62 et s.

[883] Ce contrat passé entre constructeur et éditeur est alors soumis au régime des accords de transfert de technologie résultant du règlement CE n°772/2004.

A. L'information technique : facilité essentielle ?

315.- Le constructeur automobile assemblant et distribuant des automobiles sur le marché primaire est en situation de domination sur le marché secondaire relatif aux prestations de réparation dès lors que celui-ci nécessite l'emploi de connaissances spécifiques qu'il est seul à détenir. Effectivement, le conseil de la concurrence a reconnu dans une affaire mettant en cause la société Citroën qui refusait à des réparateurs indépendants l'accès aux informations techniques qu'il « *peut être raisonnablement présumé que Citroën est en position dominante sur les marchés des informations techniques relatives aux véhicules de sa marque pour les éditeurs et pour les réparateurs* »[884]. Celles-ci constituent en conséquence des essentialités. En l'absence de communication de ces informations essentielles, le marché dérivé reste figé et ne permet pas la mise en concurrence de plusieurs opérateurs. Or le règlement n°1400/2002 disposait que « *l'accès ne peut être refusé abusivement* »[885]. La jurisprudence de la CJCE[886] était donc réaffirmée dans le règlement n°1400/2002, l'abus limitant l'exercice des droits intellectuels. Cependant, l'expiration de ce règlement a fait disparaître cette notion d'abus, les règlements n°330/2010 et 461/2010 ne la mentionnant pas.

Effectivement, la politique de la concurrence est formalisée dans un règlement d'exemption dont le champ d'application devrait être limité à la mise en œuvre de l'article 101§3. Or, ce texte de la Commission européenne dépassait largement ses fonctions puisqu'il déterminait quand un refus de communiquer des informations est constitutif d'un abus de position dominante relevant de l'article 102 TFUE. Est donc observé comment l'exécutif européen a détourné les règlements d'exemption par catégorie pour en faire une source du droit des pratiques anticoncurrentielles et non pas uniquement une source du droit des ententes. Consciente de cette dérive, l'exécutif européen a supprimé des textes cette notion d'abus.

Pour autant, ce risque d'exercice d'une position dominante existe même en l'absence de mention particulière. En effet, le marché secondaire de la réparation automobile est fermé lorsque le constructeur automobile fait de la rétention d'informations techniques, empêchant ainsi les opérateurs tiers d'y accéder. Les autorités obligent alors l'opérateur en cause à

[884] Cons. conc. 20 septembre 2006, déc n°06-D-27 ; Dans cette affaire de 2007, le constructeur automobile Citroën a soumis des engagements visant à permettre aux réparateurs indépendants d'automobiles d'obtenir un accès non discriminatoire et efficace aux données techniques : déc. n°07-D-31 du 9 octobre 2007.

[885] Article 4. 2. du règlement 1400/2002 ; sur l'ensemble de la question, V. D. FERRÉ, *op. cit.* (v. note n°834)..

[886] CJCE, 29 avr 2004, *op. cit.* (v. note n°825).

fournir les informations essentielles facilitant l'accès des concurrents sur le marché. Et l'existence de droits intellectuels ne doit pas servir à restreindre la concurrence. Ainsi, le constructeur peut obtenir en échange des redevances dès lors qu'elles sont identiques pour les membres agréés du réseau et pour les tiers. Il ne s'agit donc pas ici d'un transfert de droits d'auteurs, mais simplement d'une vente d'informations.

Dès lors, le constructeur automobile n'est pas dépossédé de son monopole sur ces droits. Il y a un équilibre entre d'une part la diffusion des informations, contribuant ainsi à l'ouverture du marché, et d'autre part l'amortissement des investissements intellectuels du constructeur.

Toutefois, ce qui est intéressant n'est pas tant de savoir si le balancement entre exclusivité et concurrence est correctement opéré, mais plutôt de savoir si l'obligation de communiquer les informations techniques s'intègre harmonieusement à la jurisprudence de la CJCE relative aux essentialités. Il faut pour cela que le refus d'accorder une telle licence soit un abus de position dominante. Auquel cas la licence forcée sera justifiée.

316.- Il faut alors procéder à l'examen des trois conditions cumulatives posées dans le domaine des droits d'auteurs par l'arrêt Magill et l'arrêt IMS. Il faut « *que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé* »[887] :

Un « *obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs* » : La rétention d'informations par le constructeur automobile par les membres de son réseau empêche les opérateurs indépendants d'accéder au marché secondaire de l'après-vente, notamment pour les réparations les plus lourdes liées à l'électronique. Ces réparateurs indépendants sont susceptibles d'offrir des services nouveaux que les réseaux de constructeurs n'offrent pas. Ainsi, les enseignes de réparation rapide offrent un service multimarque original et à moindre coût pour nombre d'opérations d'entretien. De la même manière, certaines enseignes multimarques sont spécialisées dans l'électricité et l'électronique automobile. Leur activité n'est rendue possible que par la réunion entre leurs mains de documentations techniques provenant des différents constructeurs.

[887] CJCE, 29 avr. 2004, *IMS HEALTH*, pt n°38.

Il existe alors une demande potentielle pour ce type de services multimarques spécialisés et le consommateur bénéficie de prix souvent plus intéressants que dans les réseaux agréés. Nous admettons par conséquent que la première condition est remplie.

Un refus « *dépourvu de justification* » : le refus de communiquer des informations techniques ne peut, d'après la Commission européenne, être justifié que lorsque les informations portent sur des informations relatives à la sécurité et aux dispositifs antivol. Nous admettons par conséquent que la deuxième condition est remplie.

Un refus *« de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé* » : le refus de communiquer les informations techniques est de nature à supprimer toute concurrence sur le marché de l'après-vente automobile, du moins pour ce qui est de la distribution de pièces protégées et des actions d'entretien et de réparation y afférent. Sans ces informations, les opérateurs hors réseaux ne peuvent convenablement distribuer les pièces en questions ni effectuer des prestations de qualité. Les membres du réseau du constructeur qui se partagent déjà les populations (par l'application des critères quantitatifs) seraient alors à l'abri de toute concurrence hors réseau. Nous admettons par conséquent que la troisième condition est remplie.

Cette étude des trois conditions cumulatives permet de conclure que le refus de communiquer des informations techniques caractérise un abus de position dominante tel qu'il est identifié par la CJCE. Il appartient désormais d'observer si cet abus est caractérisé en matière de licence de droits d'auteurs aux éditeurs techniques.

B. Les licences des droits d'auteur aux éditeurs techniques

317.- L'accord conclu avec l'éditeur d'informations techniques est une licence de droits d'auteur soumis au règlement 772/2004 relatifs aux accords de transfert de technologie. Le constructeur doit à ce titre pouvoir limiter le domaine d'utilisation des droits sans pour autant que cela crée des distorsions de concurrence. Le constructeur peut ainsi obtenir de son partenaire des redevances. Il y a donc un équilibre entre d'une part la diffusion des informations, ce qui correspond au désir d'ouverture du marché de l'après-vente, et d'autre part le désir de protéger et d'amortir les investissements intellectuels.

Auparavant, ce type de licence forcée au profit des éditeurs techniques était le fait du règlement n°1400/2002. Celui-ci ayant expiré, il faut se baser sur les lignes directrices du

règlement n°461/2010 pour trouver ce type de dispositions[888] et sur le règlement n°715/2007. En effet, depuis le 1er septembre 2007[889], obligation est faite aux fournisseurs de permettre l'accès aux informations techniques dans les mêmes conditions que celles posées par le règlement d'exemption automobile de 2002.

318.- Par ailleurs, la licence d'exploitation des droits d'auteurs doit être précisée au regard de la jurisprudence de la CJCE. Il faut pour cela confronter les trois conditions cumulatives caractéristiques d'un abus de position dominante à la pratique automobile comme cela a été précédemment fait en matière de communication directe d'informations :

Un « *obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs* » : en l'espèce les produits nouveaux qu'un éditeur d'informations techniques est susceptible d'offrir sont des brochures techniques destinées au grand public, aux clubs automobiles…désireux de réaliser eux-mêmes les prestations d'entretien et de réparation. Ce type de brochure générale n'existe pas chez les constructeurs qui fournissent les informations au compte-gouttes, leur intérêt n'étant pas de diminuer la part d'activité des réparateurs agréés par l'édition de textes adaptés aux néophytes. Aussi le refus d'accorder une licence de droits d'auteurs empêche l'apparition de produits nouveaux.

Un refus « *dépourvu de justification* » : il semble difficile de trouver une justification concurrentiellement valable. Le règlement 1400/2002 disposait que le refus de donner accès aux informations relatives au dispositif antivol était justifié. Dès lors, cette exception semble toujours valoir. Du le reste, la seconde condition est satisfaite.

Un « *refus de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé* » : en l'absence de transfert aux éditeurs techniques du droit de disposer des droits d'auteurs, y aurait-il toujours concurrence sur le marché dérivé ? Ce marché aval est inexistant en cas de refus. En effet, les brochures techniques facilement achetables dans tous les centres auto ne sont pas substituables aux informations techniques distribuées par les concessionnaires automobiles et qui sont faites pour être réceptionnées par des professionnels. Aussi, le transfert des droits d'auteurs à des éditeurs permet la création d'un produit nouveau sur un marché nouveau, le marché spécifique des brochures techniques automobiles. Par conséquent, cette troisième condition est remplie.

---

[888] Pt. n°62 des lignes directrices du règlement 461/2010.

[889] Règlement du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules, JOCE n°L. 171 du 29 juin 2007.

319.- Les trois conditions caractéristiques de l'abus de position dominante sont satisfaites lorsqu'un constructeur automobile refuse d'accorder des licences de droits d'auteurs aux éditeurs de brochures techniques. Le régime automobile en matière de transfert de droits d'auteurs est donc en adéquation avec la jurisprudence IMS de la CJCE.

Ceci étant dit, le secteur automobile connaît une autre spécificité quant à l'empiétement de la concurrence sur la propriété intellectuelle. En effet, deux types de pièces de rechange sont à distinguer pour l'étude de cette libéralisation. D'une part existent les pièces de rechange non visibles, c'est-à-dire qu'on ne peut pas les voir durant l'utilisation normale du véhicule (de fait, les pièces sous le capot sont des pièces non visibles). D'autre part existent les pièces de rechange visibles, c'est-à-dire visibles durant l'utilisation normale du véhicule (vitrages, carrosserie, optiques lumineuses, jantes…). Ces pièces captives sont alors l'objet d'une protection spéciale par le droit des Dessins & Modèles.

II. Le régime spécifique des pièces visibles

320.- En 1989, la Commission a décidé que le moment était venu d'entreprendre l'harmonisation des législations nationales en matière de Dessins & Modèles. Cette étude a débouché sur le livre vert sur « *la protection juridique des Dessins & Modèles industriels* » publié en 1991 (III/F/5131/91). Ainsi, une directive communautaire[890] et un règlement communautaire[891] ont été édictés. Ces textes communautaires ont trois ambitions principales ; renforcer la protection de l'esthétique industrielle et artisanale, unifier le droit des États membres et favoriser les échanges au sein de ces États. Les procédures d'enregistrement restent toutefois déterminées par les États membres.

La directive 98/71 du parlement européen et du conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles[892] a procédé à l'harmonisation des conditions d'enregistrement des Dessins & Modèles pour l'ensemble de l'Union européenne. Mais cette directive n'a pas harmonisé le problème de la reproduction et de la commercialisation des

[890] Directive communautaire n°98/71 du 13 oct. 1998, JOCE n°L. 289/28 ; transposée en France par l'ordonnance du 25 juill. 2001.

[891] Cons. UE, règl. (CE) n°6/2002, 12 déc. 2001 sur les dessins et modèles communautaires, JOCE n°L 3, 5 janv. 2002, p. 1.

[892] P. de CANDE, « La directive n°98/71/CE du 13 octobre 1998 du Parlement européen et du conseil sur la protection juridique des dessins et modèles », *D. aff.* 1999, n°143, p. 10.

pièces de rechange captives. Elle dispose un régime transitoire pour les états membres qui n'on pas à modifier leur droit. Les intérêts opposés des constructeurs automobiles, désireux de maintenir un droit exclusif sur les pièces détachées par un dépôt, et des producteurs et distributeurs de telles pièces non originelles, s'opposant à une quelconque appropriation, ont abouti à un statu quo et à l'adoption d'une disposition transitoire pour écarter cette question du débat[893].

Il existait en conséquence des législations propres à chaque pays. Ainsi, seize états membres ont libéralisé ce secteur[894] alors que neuf autres[895] qui ont étendu leur protection à ces pièces[896]. Il existe par conséquent des différences de prix[897] entre les mêmes pièces détachées selon qu'elles sont commercialisées dans un pays qui les protège ou non. Il n'y a par conséquent pas de marché intérieur des pièces de rechange.

321.- Lorsque des produits dérivés d'une marque particulière constituent un marché pertinent se pose la question de l'accès à ce marché de nouveaux opérateurs. La présence d'une facilité essentielle est indiscutable dès lors qu'il n'existe pas de produits substituables et qu'une hausse du prix des produits secondaires n'entraîne pas un changement de bien primaire[898]. C'est le cas en matière de pièces captives ou visibles dont les droits relatifs aux Dessins & Modèles sont détenus par le constructeur.

---

[893] Ainsi, l'article 14 de la directive 98/71/CE dispose que « les États membres maintiennent en vigueur leurs dispositions juridiques existantes relatives à l'utilisation du dessin ou modèle d'une pièce utilisée dans le but de permettre la réparation d'un produit complexe en vue de lui rendre son apparence initiale et n'introduisent des modifications à ces dispositions que si l'objectif en est de libéraliser le marché de ces pièces ». C'est la solution du « freeze plus ».

[894] L'Allemagne, l'Autriche, Chypre, la République Tchèque, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, la Lituanie, Malte, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie, et la Suède ont maintenu la protection pour les pièces de rechange.

[895] La Belgique, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Espagne et le Royaume-Uni ont prévu une clause de réparation qui autorise la protection de nouveaux produits, mais qui permet d'utiliser d'autres pièces de rechange pour les réparations ou les remplacements sur le marché des pièces détachées. Ils distinguent donc la protection du produit complet et la pièce détachée. La Grèce a prévu une clause de réparation combinée à une durée de protection de 5 ans et une rémunération équitable et raisonnable. Cela n'a pas été appliqué ; v.-p. ex. A. GALLEGO, « Le dessin ou modèle espagnol, de Cuba à l'Union européenne : évolution et singularités », *Prop. Intel*. 2007, n°22, p. 61.

[896] Le consommateur a dans tel pays le choix entre plusieurs producteurs de pièces de rechange visibles, mais pas dans tel autre. Il n'y a donc pas de marché intérieur de ces biens et il y a un écart de concurrence important au sein de l'Union. De plus, les équipementiers ne peuvent pas profiter des économies d'échelles en vendant dans toute l'Union.

[897] D'après le Comité Européen des Assurances (CEA), le prix moyen des pièces de rechange visibles est de 9,8 % plus élevé dans les pays de l'Union européenne qui organisent un monopole sur ces produits

[898] G. DEZOBRY, *op. cit.* (v. note n°817), p. 270.

Aussi, souhaitant libérer l'accès à ces droits essentiels, la Commission a publié la proposition de directive du 14 septembre 2004[899] qui exclut expressément la protection des pièces de rechange visibles [900] sur le marché secondaire de l'après-vente. Les enjeux économiques étant considérables[901], le temps est venu de mettre plus de concurrence sur ce marché trop fermé [902], ce qu'approuve le parlement européen qui a adopté le projet de directive de la Commission le 12 décembre 2007[903]. Il ne manque plus qu'une validation par le conseil des ministres européens pour que la clause de réparation soit efficiente, ce qui devrait être le cas d'ici 2015.

Il appartient alors de préciser successivement en quoi consiste l'harmonisation de la protection des pièces détachées visibles (A) avant d'analyser cette disposition appelée « *clause de réparation* » au regard de la jurisprudence de la CJCE (B).

A. L'harmonisation de la protection des pièces détachées par le droit des Dessins & Modèles

322.- Si le contenu de la directive harmonisant les régimes nationaux de protection des pièces de rechange est justifié par le désir de la Commission d'accroître la concurrence

[899] Coll. des Commissaires, 14 sept. 2004, prop. de modif. de la dir. 98/71/CE sur la protection juridique des dessins et modèles.

[900] Plusieurs solutions étaient envisageables. Le système est maintenu tel quel. Ou bien le système est libéralisé et l'on supprime toute protection. Ou encore on envisage une protection à courte durée. Enfin, il est possible de prévoir une rémunération raisonnable de l'auteur des Dessins & Modèles par les équipementiers concurrents. Il est également possible de cumuler ces deux derniers systèmes. Il semble que le plus simple soit la libéralisation complète du marché. Une harmonisation supprimant la protection juridique des Dessins & Modèles dans le cadre des pièces de rechange permettrait une baisse des prix, une augmentation de l'activité des PME fabriquant ces pièces et par conséquent des créations d'emplois. Toutefois, les constructeurs des pays tiers de l'UE qui représentent 15 % des voitures roulant dans l'Union étaient contre. Les équipementiers européens auraient la possibilité de produire des pièces d'automobiles japonaises ou américaines sans payer de redevances aux auteurs de ces dessins.

[901] Le marché européen de la pièce de rechange automobile représente 84 milliards d'euros en Europe (pièces + main d'œuvre) dont 44 milliards d'euros pour les pièces de rechange uniquement. 25 % du marché des pièces de rechange est constitué de pièces visibles, soit 10 milliards d'euros. De plus, 2 millions de personnes travaillent dans le secteur de la rechange indépendante et sont donc concernées par la clause de réparation : Autoexpert (Rédaction), « la clause de réparation : « enjeu économique et social » », *www.autoexpert.fr, 2009* ; v. également CES, avis, 8 juin 2005, sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles, JOUE 17 nov. 2005, n°C 286, p. 8, pt. n°5, 6.

[902] Sur les conséquences économiques de la clause de réparation : comm. 14 sept. 2004, SEC (2004) 1097.

[903] A. GALLEGO, « Et donc l'on reparle du sort que le droit des dessins et modèles doit réserver dans l'UE aux pièces de rechange apparentes : le Parlement européen adopte la « clause de réparation » », *Lamy dr. aff.* janv. 2008, n°23, p. 21.

dans le secteur automobile (2), la réception de ce texte par les États et les constructeurs automobiles n'a pas fait l'unanimité (1).

1. L' harmonisant les régimes nationaux de protection des pièces de rechange

323.- La directive harmonisant les régimes nationaux de protection des pièces de rechange visibles[904] concerne le marché secondaire de l'après-vente. Ainsi, le droit relatif aux Dessins & Modèles concernant l'apparence d'un produit primaire n'est pas étendu aux produits sur le marché secondaire, c'est-à-dire sur le marché de la pièce de rechange. Le marché primaire de l'incorporation reste protégé, mais le marché secondaire de la réparation est libéralisé[905].

Il en découle un accroissement de la concurrence sur le marché secondaire qui pourra alors accueillir des équipementiers concurrents qui jusque-là ne pouvaient reproduire certaines pièces du fait de leur protection. La justification de cette libéralisation du secteur se trouve dans la politique de la concurrence de la Commission européenne consistant à supprimer tout frein à la libre circulation des marchandises[906]. Le monopole conféré par le droit des Dessins & Modèles est un de ces freins.

324.- La clause de réparation était attendue par les autorités françaises de la concurrence. L'illustration en est la décision société TNC Distribution[907] concernant le commerce en gros de pièces détachées pour automobiles. Le conseil explique que « *même si la généralisation de la clause de réparation est débattue au niveau communautaire et a fait l'objet d'une proposition de directive de la Commission européenne, l'état du droit n'a pas encore évolué dans le sens souhaité par TNC Distribution. Le refus de Peugeot, Citroën et Renault de laisser importer et commercialiser des pièces visibles de remplacement pour leurs véhicules dont elles n'ont pas autorisé la production en vertu de leur droit exclusif ne saurait donc en tant que tel être qualifié d'abus de position dominante, qui ne peut non plus être déduit de la seule volonté des sociétés en cause de faire respecter leurs droits de propriété*

[904] Sur les critères de protection par le droit des Dessins & Modèles : P. HUMBLOT, « Nouveauté, caractère propre : un fauteuil pour deux. Regard critique sur les critères « objectifs » de protection des dessins et modèles », *JCP éd. E* 2003, n°24, p. 990.

[905] A. MARI, « La protection des pièces de réparation : bientôt la fin ? », *P. Aff.* n°68, 3 avril 2008.

[906] L. IDOT, « Concurrence et libre circulation », *RAE* 2005,n°3, p. 391.

[907] Cons. conc. 6 juil. 2006, n°06-D-19.

industrielle, le cas échéant en saisissant le tribunal correctionnel ». Le conseil de la concurrence se voit donc contraint et forcé de rejeter la saisine de la société TNC, semble-t-il contre son gré aux vues des termes employés dans sa décision.

Mais les intérêts du conseil de la concurrence ne sont pas les mêmes que ceux des constructeurs automobiles. Aussi, ces derniers ont peu chaleureusement accueilli la directive harmonisant les régimes nationaux de protection des pièces de rechange visibles.

2. La réception par les opérateurs de la directive harmonisant les régimes nationaux de protection des pièces de rechange

325.- La modification de la directive Dessins & Modèles n'est pas chaleureusement appréciée par le gouvernement français qui y voit une contradiction avec la politique globale de l'Union en propriété intellectuelle et qui voit cela comme un frein à l'innovation et à l'investissement [908] . Ce dernier nécessite de lourds investissements en recherche et développement, bien au-delà des seuls aspects esthétiques.

Les constructeurs automobiles européens craignent un accroissement de la concurrence et une dilution de leurs parts de marché au niveau mondial (a). Ils vont alors tenter de protéger leurs créations par un autre moyen que le droit des Dessins & Modèles, par le droit d'auteur (b).

a) L'accroissement mondial de la concurrence

326.- Les constructeurs automobiles craignent une réduction significative de leur compétitivité vis-à-vis de grands acteurs du marché international des pièces détachées tels que les États-Unis ou le Japon. Ce à quoi la Commission répond par la négative. En effet, 15 % des voitures de l'UE sont produites par des pays tiers. Or, si la clause de réparation trouve application sur le marché intérieur, cette partie importante du marché sera ouverte aux producteurs de l'UE qui pourront produire des pièces pour des voitures japonaises, américaines ou d'autres voitures importées. C'est d'ailleurs pour cette raison que les

[908] Rép. Min. à QE n°19992, JO Sénat Q., 2 mars 2006, p. 601 ; Rejet également par le pouvoir législatif, v. Délégation pour l'Union européenne, réunion du 8 févr. 2005, compte rendu n°113, *www. Assemblée-nationale.fr* et v. Délégation pour l'Union européenne, compte rendu de la réunion du 24 nov. 2004, *www.senat.fr*.

producteurs japonais et américains s'opposent au projet de libéralisation en Europe. La libéralisation va ouvrir la porte aux importations massives extracommunautaires. Aux États-Unis, où la protection des pièces par le droit des Dessins & Modèles n'existe pas, le volume des pièces provenant de Taiwan qui représentent aujourd'hui plus de 80 % des parts du marché américain de la pièce de rechange[909] est en augmentation constante.

De plus, les états membres du Sud-est asiatique et notamment le Japon accordent une protection étendue aux pièces détachées. En effet, au Japon la protection est étendue pour une période maximale de 15 ans. Aussi, il résulterait de la libéralisation totale du marché des pièces détachées en Europe une distorsion de concurrence au détriment des industriels européens, qui ne seraient plus protégés de la contrefaçon en Europe, alors qu'ils ne pourraient fournir des pièces de rechange protégées en Asie[910].

Si la santé économique des constructeurs automobiles suite à l'entrée en vigueur de la « *clause de réparation* » n'est pas alarmante, il ne fait aucun doute qu'ils vont profiter d'une protection supplémentaire par le droit d'auteur pour restreindre la concurrence sur le marché secondaire.

b) La protection de secours par le droit d'auteur

327.- La protection des pièces visibles peut se faire en France selon deux types de droits. En effet, si la protection par le droit des Dessins & Modèles a vocation à protéger les créations industrielles, la protection par le droit d'auteur n'est pas pour autant exclue.

Le droit français applique la théorie de l'unité de l'art, laquelle englobe tous les Dessins & Modèles, qu'ils soient industriels ou artistiques[911]. Par conséquent, le droit d'auteur s'applique tant aux créations artistiques qu'à l'esthétique industrielle. D'ailleurs, le cumul de protection du droit des Dessins & Modèles et du droit d'auteur a été affirmé[912]. La Cour de

[909] Chiffres cités par H. PERREAU in « La libéralisation du commerce des pièces détachées », disponible sur le site *www.europa.eu.*

[910] C. VILMART, « Dessine-moi un modèle, qu'on ne puisse légalement copier !: Plaidoyer contre la proposition de directive de la Commission sur les Dessins & Modèles », *Prop. Indus*., déc. 2004, p.13.

[911] D.COHEN, *Le nouveau droit des Dessins & Modèles*, 3e éd., Economica, 2009.

[912] La législation française sur le sujet est codifiée dans le livre V du Code de la propriété intellectuelle. Ces dispositions sont issues de la loi du 14 juill. 1909 et de l'ord. du 25 juill. 2001.

cassation a ainsi approuvé le droit du constructeur d'invoquer le droit d'auteur et celui-ci peut s'appliquer au tout comme à chacun des éléments qui le composent[913].

Il rentrera en contradiction avec les règles du droit communautaire destiné à harmoniser la propriété industrielle. La France est le seul pays à avoir consacré le principe du cumul absolu de protection des Dessins & Modèles par le droit d'auteur. Cela revient toutefois à détourner le droit d'auteur de sa vocation première, c'est-à-dire protéger les créations artistiques. Il n'est donc pas raisonnable de considérer que la protection par le droit d'auteur a un avenir dans le contexte communautaire actuel. Les autorités de la concurrence auront à encadrer son exercice abusif.

Désormais précisé le régime de la clause de réparation, il est intéressant de le soumettre à la jurisprudence de la CJCE sur les facilités essentielles.

B. L'analyse de la clause de réparation au regard de la jurisprudence de la CJUE

328.- La Cour de justice des Communautés européennes a identifié dans l'affaire Magill et dans l'affaire IMS trois conditions cumulatives qui si elles sont remplies caractérisent l'abus de position dominante en cas de refus d'accorder des licences sur des droits industriels.

Or, en matière automobile, la Commission européenne a établi avec la « *clause de réparation* », une situation dans laquelle le constructeur est obligé d'accorder une licence sur des droits relatifs à des Dessins & Modèles. Bien que ces licences soient forcées, en l'absence de directive, le refus d'octroyer ces licences caractériserait l'abus de position dominante du titulaire des droits.

Il est alors opportun d'analyser ces licences au regard de la théorie des facilités essentielles afin de déterminer si la Commission et la Cour de justice sont en accord. Il faut soumettre alors les trois conditions de l'arrêt IMS à ce type de licence forcée. Selon la Cour, il faut alors « *que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé* »[914] :

[913] Cass. crim., 22 juin 1967 ; Cass. crim. 10 déc. 1970 ; Cass. crim. 31 oct. 1962.

[914] CJCE, 29 avr 2004, *IMS HEALTH*, pt. n°38.

329.- Un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau. Le refus d'accorder une licence sur des Dessins & Modèles aux fins de la production de pièces de rechange doit faire obstacle à l'apparition de produits nouveaux. Il semble a priori discutable qu'un produit nouveau existe du fait de la licence sur les Dessins & Modèles. Au mieux, les équipementiers tiers proposeront des produits concurrents.

La CJCE précise que « *le refus d'une entreprise en position dominante de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, alors que ce produit est indispensable pour agir sur un marché dérivé, ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs* »[915].

L'exigence de nouveauté que la CJCE impose pour qualifier le refus de licence d'abusif n'est donc pas retenue par la Commission européenne dans la clause de réparation. En exigeant seulement que le refus empêche l'apparition d'un produit substituable, la Commission permet au droit de la concurrence de contraindre plus efficacement les droits intellectuels.

Cela marque le souhait de la Commission de mettre toujours plus de concurrence dans l'exercice des droits industriels. La CJCE est pour l'instant plus hésitante et pose des limites qui apparaissent opportunes. Elle opère le juste balancement entre ouverture du marché et protection des investissements intellectuels. La Commission européenne, que la CJCE a mise en défaut à l'occasion de l'arrêt IMS, revient donc à la charge en imposant aux constructeurs automobiles la clause de réparation.

D'ailleurs, en droit interne, l'affaire du numéro vert du 17 janvier 2006 jugée par le Conseil de la concurrence conduit à accorder une licence forcée en raison des restrictions que le refus de licence de marque impliquerait. Ces restrictions empêchaient l'apparition de produits substituables. La société Cegetel se voyait refuser par France Telecom une licence sur les dénominations Numéro vert, Numéro Azur et Numéro Indigo pour la commercialisation de services dits « *libre appel* » ou « *à coût partagé* »[916].

---

[915] *Ibid*., pt. n°49.

[916] Cons. conc., 18 janv. 2006 : Utilisation des dénominations « Numéro vert », « Numéro Azur « et « Numéro Indigo » par les concurrents de France Télécom.

M. LUCAS DE LEYSSAC donne toutefois à cette décision une explication différente qu'il justifie par la « *régulation asymétrique ». « Elle a pour objectif d'accélérer l'apparition de nouveaux concurrents sur des marchés nouvellement ouverts à la concurrence. On oblige alors l'opérateur historique à laisser de la place aux nouveaux entrants. Cela justifie que l'autorité prenne « quelques libertés avec les règles traditionnelles de concurrence* »[917].

330.- L'absence d'une justification. Il est difficilement envisageable qu'une justification quelconque puisse valider ce refus de licence. Dans tous les cas, la Commission européenne n'en mentionne pas alors qu'elle le fait pour la communication d'informations techniques qui peut être refusée lorsque les données ont trait aux dispositifs antivol et de sécurité. La seconde condition est par conséquent réputée satisfaite.

331.- L'élimination de concurrence sur un marché dérivé. Un marché dérivé est un marché aval. Ainsi du marché des droits relatifs aux Dessins & Modèles découle le marché des pièces de rechange visibles. Or ce marché des pièces visibles est circonscrit à chaque modèle de pièce. La substituabilité est inexistante entre un capot de Peugeot 206 et un capot de Renault Laguna. Aussi, le refus d'octroyer une licence permet au titulaire des droits d'être l'unique fournisseur d'un marché. Dès lors, en cas de refus d'octroyer une licence sur des Dessins & Modèles, cette troisième condition est satisfaite.

[917] C. LUCAS DE LEYSSAC, « Approche juridique des effets de la propriété intellectuelle sur la concurrence », *At. de la conc.*, 10 déc. 2003, accessible sur le site *www. dgccrf.gouv.fr.*

CONCLUSION CHAPITRE 2

332.- La négation des réseaux de distribution sélective et l'affaiblissement des monopoles intellectuels sont les deux lignes directrices du traitement de la nature complexe du bien automobile. Ce traitement empiète toujours plus sur le droit des contrats de distribution et sur le droit de la propriété intellectuelle que ne le fait le régime général.

Sont à ce titre relevés plusieurs moyens d'action ou de pression du droit de la concurrence sur les autres branches du droit.

333.- En matière automobile, le droit des contrats est directement contraint par la multitude de stipulations réputées anticoncurrentielles. Les biens complexes sont des biens intégrant des droits intellectuels auxquels sont intrinsèquement liés des services d'entretien et de réparation dont la haute technicité nécessite le recours aux prestations de spécialistes. Cette nature particulière oblige la Commission européenne à établir un régime concurrentiel prenant en compte l'importance des opérations d'après-vente. Nombre de restrictions contractuelles risquent en effet de scléroser ce marché, réservant ainsi au constructeur une position dominante.

Aussi, l'exécutif européen s'est attaché à accroître la concurrence sur le marché secondaire en remettant en cause ce qui fait des réseaux de distribution sélective des réseaux captifs de concurrence. Elle les a alors perméabilisés afin d'augmenter le degré de concurrence intermarques. À cette fin, elle a précisé les limites de l'étanchéité des réseaux, notamment quant à la qualité d'utilisateur final qui doit être reconnue aux réparateurs indépendants, et elle a contraint les constructeurs à distribuer aux membres hors réseaux les éléments attractifs de clientèle (informations techniques et outils spécifiques).

Toutefois, il a été identifié que le bénéfice majeur à retirer de la réglementation de la concurrence réside dans la normalisation technique. Celle-ci a un effet de fusion des marchés favorisant alors leur accès par les opérateurs par la diminution de leur nombre[918].

Outre la perméabilisation des réseaux, la Commission a également amoindri les exclusivités d'approvisionnement. Cet affaiblissement est le résultat d'un système de

[918] À titre d'illustration, il est plus simple d'accéder au marché unique des chargeurs de téléphone que d'accéder au marché des chargeurs de téléphone Sony, des chargeurs de téléphone Samsung, des chargeurs de téléphone Nokia…

dispositions réglementaires assurant à la théorie de ne pas être détourné par la pratique. Aux restrictions à l'approvisionnement répondent la qualification des pièces, à la qualification des pièces répond l'apposition du logo. L'exécutif européen reste toutefois limité par la période de garantie des composants automobile durant laquelle le constructeur peut imposer aux distributeurs les pièces de l'équipementier d'origine. Cela découle de la garantie contractuelle supportée par l'équipementier qui met à sa charge une obligation de remplacement.

En définitive, c'est la distribution sélective qui est complètement remise en cause dans l'après-vente automobile. Réparateurs agréés et indépendants ont accès aux mêmes pièces, aux mêmes informations techniques et aux mêmes outils spécifiques. Quel avantage le membre agréé conserve-t-il outre une valorisation supérieure ? Est-il regrettable que les impératifs de la concurrence aboutissent à une désorganisation économique des réseaux ? Il faut considérer la réponse comme négative. En effet, cela permet aux réseaux indépendants d'accéder à de nouveaux marchés dans de bonnes conditions. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains réseaux indépendants proposent dans leurs garages une révision « *mieux qu'une révision constructeur* »[919]. La Commission rejetant déjà la distribution exclusive dans la vente rejette également la distribution sélective (la seule possible en raison des parts de marché) dans l'après-vente.

334.- Par ailleurs, le droit de la propriété intellectuelle est contraint indirectement, soit en renversant la charge de la preuve de l'abus de position dominante (dispositions relatives à la communication d'informations techniques), soit en le modifiant intrinsèquement (clause de réparation). Deux moyens d'action ont été identifiés :

Le renversement de la charge de la preuve : Outre certaines informations relatives à la sécurité et aux dispositifs antivol, l'accès aux informations techniques, même portant sur des droits intellectuels, ne peut être refusé. Le régime automobile a donc pour effet de présumer que le refus d'accorder une licence de droit d'auteur est abusif. Les « *circonstances exceptionnelles* » rendues nécessaires par l'arrêt *IMS* sont présumées exister. Le monopole légal conféré par les droits intellectuels n'est donc pas remis en cause, en revanche il y a un renversement de la charge de la preuve. Ce n'est pas le réparateur qui doit apporter la preuve de l'abus, mais le constructeur qui doit démontrer que son refus n'est pas abusif. Cela revient

[919] E. BINOIS, « Speedy propose une révision, « mieux qu'une révision constructeur » », *autoactu.com*, 8 juin 2010 : « *Nous avons en effet attendu que l'ensemble du réseau soit équipé de tous les outils nécessaires, comme le réglo phare par exemple, pour pouvoir être fidèle au carnet d'entretien de tous les modèles. Désormais, tous les centres sont formés et équipés pour réaliser la révision dans les règles de l'art (celles du constructeur, NDLR) de 12 000 modèles de 80 marques* ».

à présumer la mauvaise foi du constructeur. Le droit de la concurrence affirme ainsi son emprise sur le droit de la propriété intellectuelle, quitte à passer par des chemins détournés.

La modification intrinsèque du droit de la propriété intellectuelle : la Commission européenne, autorité de la concurrence, ne se satisfait plus de rechercher uniquement la qualification d'abus de position dominante pour contraindre les monopoles intellectuels. Elle en vient à modifier intrinsèquement le droit des dessins & modèles en modifiant la directive communautaire commandant son régime.

La conséquence directe est alors une incohérence entre la jurisprudence de la CJCE et le droit de la propriété intellectuelle. Avec la « *clause de réparation* », la Commission s'inscrit en rupture vis-à-vis de la CJCE en ne reconnaissant pas comme condition du refus abusif le fait que celui-ci restreigne l'apparition d'un produit nouveau. Pour la Commission, la restriction à l'apparition d'un produit semblable suffit à caractériser l'abus. C'est d'ailleurs la position qu'elle avait déjà prise dans l'affaire *IMS*. Elle reconnaissait qu'il n'était pas *« nécessaire qu'un refus empêche l'apparition d'un nouveau produit pour qu'il soit considéré comme un abus* »[920]. Cela revient à appliquer sévèrement la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle.

335.- L'autorité de la concurrence limite donc la protection des investissements commerciaux et intellectuels à leur seul amortissement, ce qui semble annoncer la politique future de confrontation du droit de la concurrence aux exclusivités.

Est ainsi différencié le droit exclusif crée par un droit intellectuel qui est destiné à protéger les investissements intellectuels, du droit exclusif permettant la réservation d'un avantage technologique aux fins non pas de l'amortissement, mais de l'avantage concurrentiel. La propriété intellectuelle organise une exclusivité temporaire au titulaire du droit afin de l'inciter à innover et lui permettre d'amortir ses investissements. Dans le même sens, la théorie des facilités essentielles libère l'accès à la facilité dès lors que le titulaire a eu le temps d'effectuer cet amortissement. Que faire alors si la durée légale de l'exclusivité est inférieure à la durée réelle d'amortissement ?

Ainsi, l'exercice d'un droit intellectuel est une pratique anticoncurrentielle s'il excède ce qui est nécessaire pour protéger son objet spécifique (ou sa fonction essentielle), c'est-à-dire l'amortissement[921]. Effectivement, le droit intellectuel peut devenir un but en soi s'il

[920] CJCE, 29 avr 2004, *IMS HEALTH*, considérant n°(180).

[921] Les économistes sont critiques face à cette extension de la propriété intellectuelle : J. TIROLE, C. HENRY, M. TROMMETTER, L. TUBIANA, B. CAILLAUD, « Propriété intellectuelle », *La doc.fr.* 2003.

permet, outre l'amortissement des activités de R&D, d'empêcher l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs[922].

[922] Une des raisons pour lesquelles le « monopole légal d'exploitation » peut conduire à un monopole légal sur le marché des applications est que l'objet couvert par la propriété intellectuelle est une « facilité essentielle » pour certaines activités économiques. C'est difficile à retenir dans le domaine automobile ou pour les biens complexes en général dès lors que des produits substituables ne proposent pas systématiquement les mêmes technologies.

CONCLUSION TITRE 1

336.- Les biens complexes nécessitent, au cours de leur utilisation, des prestations de services d'entretien et de réparation. Cela a poussé la Commission européenne à élaborer, en matière automobile, un régime concurrentiel tenant compte de cette particularité et libéralisant ce marché des services après-vente. Cela a permis d'observer que cette libéralisation ne devrait pas se limiter au secteur automobile, mais devrait être étendue aux services après-vente de l'ensemble des biens complexes. Pour ainsi dire, ce n'est pas tant l'automobile qui oriente le régime concurrentiel, mais la nature complexe de celle-ci.

Ce régime automobile, découlant de plusieurs textes réglementaires, est secondé un encadrement général des places de marché électroniques. Celles-ci sont devenues incontournables sur le marché primaire de l'assemblage, elles apparaissent comme le principal lieu de rencontre des offreurs (fournisseurs) et des demandeurs (constructeurs), tant en matière automobile que plus généralement pour la production de nombreux biens complexes. L'application du droit de la concurrence à ces plateformes garantit alors l'égalité de traitement des fournisseurs, assurant à ces derniers de ne pas être sanctionnés sur le marché primaire du fait de leur comportement proconcurrentiel sur le marché secondaire, comportement encouragé par le régime des accords de distribution pièces de rechange de services de réparation.

Pour autant, le traitement concurrentiel des biens complexe n'est pas parfait. Il laisse encore la possibilité aux constructeurs de le contourner par la pratique des accords de production. Considérant les distorsions relatives aux régimes de protection des pièces de rechange, les constructeurs automobiles et les équipementiers qui souhaitent empêcher les tiers de leur faire concurrence sur le marché secondaire sont tentés d'intégrer artificiellement aux pièces qu'ils produisent des brevets ou des droits d'auteur. Cette possibilité qu'ils ont est alors le signe d'une insuffisance du régime applicable aux accords de production des biens complexes.

TITRE 2

UNE INSUFFISANCE DU RÉGIME APPLICABLE AUX ACCORDS DE PRODUCTION DES BIENS COMPLEXES

337.- *« Les animateurs (du monde des affaires) ne se lassent pas de forger des conventions inédites »*[923]. Si bien que constructeurs et équipementiers ont mis au point des contrats permettant de restreindre la concurrence. *« Répondant au désir ou au besoin inéluctable de coopérer, sont ainsi apparus de nombreux montages contractuels complexes »*[924].

L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle permettent en effet de s'engager par un contrat qui n'est réglementé par aucune loi particulière[925]. Il est possible de conclure un contrat ne faisant l'objet d'aucune réglementation qui lui soit propre, de l'élaborer *« sur mesure »* en quelque sorte, en fonction des objectifs à atteindre[926]. Cette conception sur mesure permet par ailleurs de se libérer de qualifications gênantes et de ne vivre que *« de la seule sève de la théorie générale à l'abri de réglementations parcellaires et étouffantes »*[927]. Mais il également fréquent de voir un contrat délibérément mal nommé, et donc volontairement soumis à une réglementation spéciale qui n'est pas la sienne.

À n'en pas douter, ces conventions, si elles étaient contrôlées par la Commission au titre de l'article 101§1 seraient annulées,du fait de leurs effets anticoncurrentiels. Mais l'autorité communautaire ne peut être partout et nombre de contrats n'ont pas la qualification qu'ils méritent[928]. Aussi c'est l'analyse de l'économie du contrat qui déterminera sa juste

---

[923] M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in Mélanges* G. MARTY, Univ. de Toulouse 1978, n°24 p. 251.

[924] F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2001, p.787.

[925] C. CARON, « Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle », *RDC* 2007, n°3, p. 1001 ; P. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, numéro spécial, 1994, p.43.

[926] D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon III, 1982.

[927] La qualification est « l'opération intellectuelle d'analyse juridique (…) consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement » : M. CABRILLAC. *op. cit.* (v. note n°923).

[928] G. CORNU, *op. cit.* (v. note n°263).

qualification[929]. Les juges doivent alors restituer ou déterminer la véritable nature du contrat[930]. Il s'agit donc de lui donner un nom et d'en faire un contrat nommé.

« L'importance de cette opération tient à ce que chaque catégorie de contrats est soumise à certaines règles propres, de sorte que placer tel contrat dans une catégorie précise commande une partie du régime »[931]. L'opération de qualification détermine donc la règle de droit à laquelle les partenaires sont soumis, mais applique aussi la volonté du législateur qui souhaite donner un régime particulier à certaines formes contractuelles. De sorte que ne pas qualifier un accord entrant dans une catégorie juridique particulière dénue d'intérêt la volonté du législateur.

Et pour effectuer cette qualification dans le respect de la volonté du législateur, les juges disposent en matière de droit communautaire de la concurrence d'outils de saft law indiquant comment la Commission européenne souhaite que soient distribués les régimes découlant des règlements d'exemption. Or cette volonté est, en matière automobile, de raccourcir la chaîne de l'approvisionnement afin que le constructeur ne soit plus l'intermédiaire incontournable et que les équipementiers puissent fournir directement les distributeurs et réparateurs agréés ou indépendants[932].

L'objet de cette étude consiste alors à observer comment le détournement du régime juridique applicable aux accords de production automobiles, et plus largement des biens complexes, permet aux constructeurs de maintenir leur position d'intermédiaire dans la chaîne d'approvisionnement. Ce alors même que le règlement n°461/2010 favorise l'approvisionnement direct des opérateurs de l'après-vente, qu'ils soient du réseau ou hors réseau[933].

Il faut dès lors constater dans un premier temps quelles sont les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les constructeurs dans les accords de production automobile afin de se réserver une part importante du marché de l'après-vente (Chapitre 1). Puis il faut dans un second temps s'intéresser à la qualification de ces contrats au regard du droit communautaire de la concurrence afin de comprendre en quoi les pratiques observées

[929] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., LGDJ, Montchrestien, 2007.

[930] P. ex. cass. civ. 3ème, 20 déc. 1971, prêt à usage précédant la réalisation d'une promesse de bail, qualification de bail écartée.

[931] A. BENABENT, *op. cit.* (v. note n°929).

[932] Art. 5. b) du règlement 461/2010.

[933] Sur ces pratiques : C. BOURE, « Point de vue des équipementiers », *Cah. dr. ent*. 2002, n°5, p. 13.

permettent de contourner la qualification contractuelle qui doit normalement leur être appliquée (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

UNE INSUFFISANCE CONSTATÉE DANS LES ACCORDS DE PRODUCTION AUTOMOBILE

338.- L'objet de l'étude étant de constater de quelle manière les contrats de production automobile sont le siège de pratiques restrictives de concurrence, ne seront traités que les contrats de production qui sont le siège de telles pratiques. Seront dès lors écartés des développements suivants l'étude de l'accord conclu entre deux constructeurs ou entre un constructeur et un équipementier et qui ont pour objet la recherche et le développement en commun de solutions techniques suivi d'une phase de fabrication en commun. Aucune restriction de concurrence n'ayant été identifiée dans ces contrats, leur étude n'a que peu d'intérêt[934].

339.- En revanche, d'autres contrats de production sont à ce niveau intéressant. Deux types d'accords sont fréquemment conclus par les constructeurs ou les équipementiers désireux d'externaliser la production d'une pièce ou d'un ensemble de pièces. Ils ne réalisent quasiment plus d'achats sur catalogues, c'est-à-dire d'achats de pièces standardisées. Les fournisseurs fabriquent des pièces répondant à leurs besoins spécifiques. Dès lors, les contrats de fourniture de composants automobiles sont des contrats d'entreprise de sous-traitance[935].

---

[934] Sur ces contrats v. C. MIDLER, G. GAREL et A. KESSELER, *op. cit.* (v. note n°12) ; J.-L. LOUBET, A. PENA-VEGA, G. SANTILLI, V. LAURE et F. SACHWALD, « Les accords entre constructeurs automobiles, les cahiers de recherche du GIP Mutations Industrielles », *GERPISA*, 1988 ou E. BARREIRO, *op. cit.* (v. note n°626).

Pour des exemples de collaboration v. Communiqués de presse Peugeot, Coopérations Relations équipementiers, « PSA Peugeot Citroën et l'équipementier allemand R. Bosch ont signé en juin 2002 un accord de coopération sur un plan d'innovation technologique organisé autour des axes de sécurité, de confort, de dépollution et de réduction des consommations » ; F. LAGARDE, « PSA et Mitsubishi démarrent officiellement la construction de leur usine russe à Kaluga », *autoactu.com*, 11 juin 2008.

[935] J. PAILLUSSEAU, « Les contrats d'affaires », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987 ; A. BENABENT, « Sous-traitance des marchés des personnes privées », *J.-CL.* Fasc. 1450, 11, 2001 ; J. HUET, « Les principaux contrats spéciaux », in *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), 2e éd., LGDJ, 2001, n°323 ; R. BONHOMME, « Sous-contrat et co-contrat », *J.-CL.* Fasc. n°105, « Adjonction et conjonction de contractants », 19 Févr. 2004, 11,2004 ; C'est ce deuxième type de sous-traitance qui est soumise à la loi du 31 déc. 1975 ; B. SABLIER, J.E. CARO, S. ABBATUCCI, *La sous-traitance dans la construction : guides juridiques*, 6e éd., Le moniteur, 2007, p. 37.

Si certains sous-contrats sont nommés par le législateur[936], d'autres prennent forme dans la pratique sans que la loi ne dispose de régime original[937]. La doctrine intervient alors pour les classer selon leur objet. Deux catégories de contrats de sous-traitance en résultent[938] : le sous-contrat peut avoir pour but de faire exécuter par le sous-contractant la prestation objet du contrat principal ou bien il peut avoir pour but de faire bénéficier le sous-contractant de cette prestation.

Il faut distinguer ainsi :

- L'accord par lequel le fournisseur est lié au constructeur par un contrat d'entreprise[939] ayant pour objet la fabrication de pièces en application du cahier des charges. Dans ce type d'accord de sous-traitance[940], le sous-traitant n'est à aucun moment maître de la conception de la fourniture. Ce type de sous-traitance substitue le contractant dans l'exécution de la prestation caractéristique.

Dans le secteur de l'industrie, on constate que plus les produits sont complexes ou sophistiqués, plus leurs fabricants ont besoin de recourir aux services d'entreprises complémentaires auxquelles ils confient l'exécution des divers composants de ces produits[941]. Le schéma contractuel de base, appelé couramment sous-traitance industrielle n'est alors pas réellement un sous-contrat : l'industriel conclut un contrat d'entreprise avec des « sous-traitants » sans qu'il existe préalablement un contrat principal. Il n'y a pas de chaîne de contrats, du moins au départ. Le sous-traitant est donc un simple exécutant de second rang. Mais les évolutions de la production automobile ont fait que cet exécutant a pris en charge la réalisation (conception et fabrication) de gros sous-ensembles de pièces. Il a alors lui même recours à des sous-exécutants. Ces derniers seront effectivement sous-contractants, car le producteur principal aura passé un contrat d'entreprise avec le responsable du sous-ensemble qui lui-même passera, dans le cadre de sa mission, des sous-contrats d'entreprise avec les

[936] La sous-traitance de marché (sous-contrat d'entreprise) ; la sous-location ; le sous-affrètement ; la sous-agence commerciale ; la sous-traitance de transport.

[937] Ce sont les sous-contrats de prêt à usage ou de prêt d'argent à intérêt, de dépôt, de franchise, de crédit-bail, de location de matériel, de concessions de licence de brevet, de marque et de savoir-faire, de concessions commerciales, de cautionnement, de Commission, de contrat médical et toutes sortes de contrats de prestation de services.

[938] R. BONHOMME, *op. cit.* (v. note n°935).

[939] Article 1710 du Code civil, *« Contrat par lequel l'une des parties, l'entrepreneur, s'engage à faire quelque chose pour l'autre, le maître de l'ouvrage, moyennant un prix convenu entre elles »* ; P. PUIG, *op. cit.* (v. note n°778), pt. n°772 : Ce qui caractérise avant tout ce contrat est sa dualité d'objet, *« débiteur d'une obligation de faire (au sens de facere), l'entrepreneur crée toujours la valeur qu'il transmet »*.

[940] J. NERET, *Le sous contrat*, LGDJ, 1979, n°84 p. 73.

[941] J.-J. CHANARON, « L'évolution des rapports constructeurs / équipementiers », *GERPISA*, 1997.

exécutants de composants du sous-ensemble, donnant à la chaîne de production une forme pyramidale. Cette organisation se développe notamment dans la fabrication de gros produits (automobile, aéronautique, etc.).

Mais l'industrie automobile peut également être le siège du second type de contrat de sous-traitance.

- L'accord dans lequel les fournisseurs sont liés au constructeur par un contrat d'entreprise portant sur le développement et la fabrication de pièces ou ensembles de pièces montés sur les véhicules [942]. Le constructeur communique à l'équipementier un cahier d'orientation de ce qu'il souhaite et qui est plus ou moins succinct. Cela ressemble alors à un double accord de sous-traitance. Une phase de sous-traitance de recherche et développement et une phase de fabrication.

Le sous-contrat a pour objet la substitution du sous-contractant dans le bénéfice de la prestation produite par le contrat principal. Ce dernier devient alors, selon les termes de M. NERET, *« moyen de réalisation du sous-contrat »*[943] puisque le contractant intermédiaire ne peut conclure le sous-contrat que parce qu'il est bénéficiaire d'une prestation résultant du contrat principal. Il ne s'agit plus pour le contractant intermédiaire de faire exécuter par un tiers l'obligation dont il est débiteur. Au contraire, il fait bénéficier un tiers de prestations dont il est créancier en vertu du contrat principal. En matière de production automobile, ce type d'enchaînement contractuel concerne la transmission de droits de propriété intellectuelle. Les contrats en question sont des concessions de licence qui assurent au licencié le droit d'utiliser les brevets, marques ou savoir-faire[944].

340.- Ces deux types d'accords de sous-traitance sont le siège de graves restrictions de concurrence en matière de production automobile. Les constructeurs profitent de leur puissance économique pour imposer des formes contractuelles déséquilibrées [945] leur permettant de s'imposer comme intermédiaire de la chaîne d'approvisionnement. D'ailleurs, la

[942] P. BROCARD et C. DONADA, « La chaîne de l'équipement automobile, une accélération technologique », *Les 4 pages des statistiques industrielles*, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, sept. 2002, n°164 : « Les équipementiers de l'automobile investissent de plus en plus dans la recherche et développement. Aujourd'hui, ils prennent déjà en charge un tiers du coût de développement d'un nouveau modèle ».

[943] J. NERET, *op. cit.* (v. note n°940).

[944] R. BONHOMME, *op. cit.* (v. note n°935).

[945] G. VIRASSAMY, *op. cit.* (v. note n°416), n°35, p.37.

Commission européenne en a connaissance puisque dans les lignes directrices pour le secteur automobile elle mentionne leur existence[946].

Ces pratiques doivent par conséquent être identifiées en distinguant d'une part les accords simples de sous-traitance de fabrication (section 1) et d'autre part les accords de sous-traitance de recherche et développement suivis d'une phase de fabrication (section 2).

[946] Lignes directrices du règlement 461/2010, pt. n°23.

SECTION 1

LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DANS LES ACCORDS DE SOUS-TRAITANCE DE FABRICATION

341.- L'accord de sous-traitance de fabrication est un accord simple d'exécution du cahier des charges transmis par le constructeur. Afin de préciser la relation, ces accords intègrent des clauses stipulant que *« lorsque la fourniture extérieure à réaliser par le fournisseur extérieur est définie uniquement par un plan d'exécution réalisé sous la responsabilité exclusive de X, et que ledit plan n'est en aucun cas modifiable par ledit FOURNISSEUR, ce dernier est présumé n'être à aucun moment maître de la conception de la fourniture extérieure »*[947].

L'exécution d'une commande suppose fréquemment l'emploi par l'équipementier d'éléments qu'il ne détient pas. Il peut ainsi s'agir d'outils spécifiquement adaptés à la fabrication des composants (machines, moules…) ou d'éléments de propriété industrielle détenus par le constructeur (droits d'auteurs sur logiciels…). Il est alors intéressant d'identifier comment est contractuellement organisée cette utilisation et comment le constructeur se sert de ces éléments pour empêcher son partenaire d'accéder directement au marché secondaire.

Il appartient dès lors d'étudier comment le donneur d'ordre arrive à restreindre l'accès au marché secondaire des sous-traitants. Ces restrictions siègent dans les conditions d'utilisation de deux éléments par l'exécutant, outils spécifiques (§1) et droits intellectuels (§2).

[947] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

§1. Les restrictions de concurrence liées au mandat d'achat des outils spécifiques

342.- Fabriquer une pièce nécessite fréquemment un moule ou un outil que l'équipementier ne détient pas. Le constructeur automobile a alors pour habitude de financer ces matériels traditionnellement dénommés « *outil spécifique* ». Est donc fréquent le type de clause stipulant que « *si X et le Fournisseur s'accordent sur un financement à 100 % des outillages spécifiques par X, une telle décision implique un transfert de la propriété matérielle de ces outillages à son profit. Dès lors, les « conditions générales régissant le prêt à usage d'outillages spécifiques de propriété X » s'appliquent* »[948].

Le constructeur s'attribue ainsi le droit de propriété sur ces éléments. L'outil est toutefois commandé par l'équipementier qui est plus à même à définir ses propres besoins. Le constructeur donne donc mandat à l'équipementier pour acquérir en son nom et pour son compte ces produits.

De fait, afin de pouvoir exécuter le contrat, le preneur d'ordre (l'équipementier) doit acquérir auprès du donneur d'ordre (le constructeur) le droit de l'utiliser (I). Mais cette utilisation peut aboutir à la création de droits de propriété intellectuelle ou de savoirs-faire dont la propriété doit être précisée (II).

I. L'acquisition du droit d'utiliser les outils spécifiques

343.- L'équipementier en charge de la fabrication de fournitures pour le constructeur automobile doit avoir le droit d'utiliser les outillages spécifiques dont il n'a pas la propriété. Ce transfert de l'usus est souvent le siège de graves restrictions de concurrence. En effet, le propriétaire des outils limite fréquemment la possibilité pour l'équipementier de les utiliser en dehors du contrat, l'empêchant ainsi d'agir en tant qu'offreur indépendant sur le marché secondaire. Cette interdiction prend forme dans des clauses stipulant que « *Dans le cas où X prêterait au Fournisseur des outillages spécifiques en vue de leur usage, ceux-ci seront utilisés par le Fournisseur exclusivement pour le compte de X* »[949].

[948] *Ibid.*.

[949] *Ibid.*

Or, le règlement n°461/2010 n'exempte pas les clauses ayant pour objet de limiter directement ou indirectement la capacité d'un fournisseur à accéder au marché secondaire des pièces de rechange pour des pièces qu'il a lui-même fournies à un constructeur sur le marché de la première monte[950].

Il est donc intéressant de préciser successivement deux points : d'une part la manière dont se réalise le transfert de l'usus du propriétaire de l'outil vers celui qui va s'en servir (A). D'autre part, la manière dont ce transfert peut-être le siège de graves restrictions de concurrence (B).

A. La transmission de l'usage des outils spécifiques

344.- L'utilisation des outils spécifiques est soumise à des « *conditions générales d'utilisation des outils spécifiques* » qui définissent les conditions de la mise à disposition d'outillages[951] par le constructeur pour la réalisation de sa commande. Ces conditions définissent le contenu du contrat de prêt à usage d'outillage et décrivent le processus. Ce contrat est signé par les deux parties, le constructeur et le fournisseur. Il peut également être signé un contrat-cadre lorsque le fournisseur a une structure de groupe. Le contrat-cadre n'est alors signé qu'une fois par le fournisseur pour l'ensemble des outillages prêtés par le constructeur sur la famille de pièce couverte par le contrat. La signature d'un contrat a donc deux atouts. D'une part, elle officialise la propriété exclusive du constructeur sur ses outillages et cela permet également au fournisseur d'utiliser l'outillage pour les besoins du constructeur. D'autre part, elle confère le droit du constructeur d'utiliser l'outillage.

345.- Dès lors qu'il est acquis que l'outil spécifique est la propriété du constructeur, quelle qualification donner au contrat organisant sa mise à disposition auprès de l'équipementier ? Le prêt des outils spécifiques étant gratuit, ne s'analyse t'il pas en commodat ou en prêt à usage[952]. En effet, le commodat est conclu à titre gratuit. Il est conçu comme un service d'ami et fait partie de ces contrats de bienfaisance[953]. « *Aussi, sa présence*

[950] C'est-à-dire au stade de l'incorporation au véhicule lors de son assemblage.

[951] Il est soumis aux articles 1875 s. du Code civil.

[952] S'il est prévu un prix qui n'est pas symbolique, alors c'est un contrat de location.

[953] A. BENABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8e éd., Montchrestien, 2008.

fréquente et son intégration parfaite dans l'opération de coopération ne sont pas surprenantes »[954].

Mais, si la gratuité est un élément caractéristique de l'accord qui commande son régime, « dès lors que le préteur trouverait un intérêt à l'opération, ce régime ne se justifierait plus et il ne s'agirait plus d'un véritable prêt »[955]. Il s'agirait alors d'une location. Or il est évident que le constructeur trouve un intérêt à prêter l'outil spécifique à son équipementier puisque cela lui permet de s'approvisionner.

Le caractère onéreux de l'accord de fourniture affecte-t-il le caractère gratuit du prêt[956] ? Est-ce que la relation d'affaires bouleverse fondamentalement son économie de telle manière qu'il est remis en cause ? Le contrat de prêt étant l'accessoire du contrat de fourniture de composants, la cause du premier est l'objet du second, c'est-à-dire l'approvisionnement du constructeur. L'intérêt du constructeur de mettre à disposition l'outil spécifique ne constitue toutefois pas une contrepartie à celle-ci et le prêt ne saurait donc constituer en réalité une location. Il semble donc que le contrat permettant à l'équipementier d'utiliser les outils spécifiques soit un contrat de prêt à usage.

Toutefois, « C'est en vertu du principe d'équité que les principales dispositions ayant trait au prêt à usage ont été édictées par le législateur, dans le but de protéger au mieux le préteur et ses intérêts, fondées sur l'idée que l'opération est sans contrepartie pour ce dernier ». « Aussi, en vertu du même principe d'équité, le régime de droit du prêt à usage, conclu en matière commerciale, doit être quelque peu revisité en raison de l'avantage procuré à l'emprunteur afin de trouver un nouvel équilibre entre les intérêts des parties en présence »[957].

Le caractère commercial du contexte dans lequel est réalisé le contrat de prêt à usage doit donc être souligné.

---

[954] C.H. CHENUT, *Le contrat de consortium*, LGDJ, 2003, pt. n°343.

[955] A. BENABENT, *op. cit.* (v. note n°953).

[956] En ce sens, R. FABRE, « Le prêt à usage en matière commerciale », *RTD civ.* 1977, p. 202.

[957] C.-H. CHENUT, *op. cit.* (v. note n°954), pt. n°343.

B. Les restrictions de concurrence liées à l'utilisation des outils spécifiques

346.- L'utilisation de son droit de propriété par le constructeur peut être abusive et restrictive de concurrence. En effet, le règlement n°461/2010 dispose que le fournisseur de pièces de première monte ne doit pas être restreint par le constructeur dans ses possibilités d'accéder au marché des pièces de rechange. Il faut donc préciser comment le fournisseur peut fabriquer des pièces destinées au marché secondaire et n'ayant pas vocation à être distribuée dans le réseau du constructeur avec des outils appartenant à ce constructeur. Il est en effet fréquent de rencontrer dans les « *conditions générales d'utilisation des outils spécifiques* » des restrictions quant au droit d'utiliser les outils à d'autres fins que l'approvisionnement du constructeur. Ces clauses stipulent que « *dans le cas où X prêterait au Fournisseur des outillages spécifiques en vue de leur usage, ceux-ci seront utilisés par le Fournisseur exclusivement pour le compte de X, ils ne doivent être ni transférés, ni modifiés, ni détruits sans l'autorisation préalable et écrite de X* »[958].

Que faire donc si les conditions générales relatives à l'utilisation des outils spécifiques ou si le contrat de prêt à usage restreint l'utilisation des outils de façon à ce que le fournisseur ne puisse pas produire pour son compte les pièces en question. Ces conditions seraient sans doute condamnées par les autorités de la concurrence. Une telle situation devrait donc se régler par la négociation de modalités financières.

347.- Il est par exemple possible de prévoir dans le contrat de prêt à usage ou dans les conditions générales le régissant la clause suivante que « *si, tout en satisfaisant les besoins (première monte et rechange) du constructeur et de ses sociétés contrôlées, le Fournisseur souhaite utiliser lesdits outillages spécifiques pour tout autre objet et notamment l'exécution de commandes des tiers ou la fabrication de pièces destinées à la vente à des détaillants, il pourra le faire. Il devra cependant au préalable trouver un accord écrit avec le constructeur sur les modalités, notamment financières, de cette utilisation* ».

Cette clause ne limite pas la capacité de l'équipementier d'accéder au marché secondaire, mais cet accès est organisé avec une compensation financière pour l'utilisation qui en est faite. Toute exclusivité qui exclurait la possibilité pour les équipementiers d'utiliser un outillage spécifique pour fabriquer des pièces serait contraire aux stipulations du règlement

[958] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

n°461/2010. Le montant de cette compensation ne doit alors pas être abusif, car cela constituerait une restriction de nature à éliminer une partie de la concurrence.

348.- Toutefois, il peut être prévu contractuellement que le paiement par le fournisseur de l'outil spécifique tel que spécifié ci-dessus ne pourra en aucun cas faire obstacle au fait que le fournisseur devra en permanence servir en priorité les besoins du constructeur et de ses sociétés contrôlées. En particulier si les besoins du constructeur devaient temporairement saturer la capacité de l'outil. Il peut toutefois être prévu que si le besoin devient persistant, les parties se rencontreront et décideront conjointement de l'opportunité de mettre en place des capacités complémentaires en vue de permettre aux parties de respecter leurs obligations respectives.

De même, le droit du fournisseur d'utiliser à des fins personnelles l'outillage spécifique ne comprend pas le droit de céder, louer, consentir ou laisser acquérir de quelconques droits dessus par des tiers. L'étendue du droit d'utiliser doit être précisée dans le contrat de prêt à usage. En l'absence de précisions il faut entendre ce droit comme la possibilité d'utiliser l'outil spécifique dans sa fonction première, c'est-à-dire la production de fournitures.

Il est également fréquent de rencontrer des clauses obligeant le fournisseur à demander une autorisation au constructeur lorsqu'il souhaite modifier son lieu d'implantation, que ce soit un simple déménagement de l'outil de production ou un dépôt auprès d'un de ses propres fournisseurs ou sous-traitant. En cas d'autorisation du constructeur, le fournisseur doit faire respecter auprès de ceux-ci les conditions générales d'utilisation des outils spécifiques. La responsabilité du fournisseur est alors directement engagée[959]. Est alors introduite dans l'accord une clause de type : « *Les outillages spécifiques ne doivent être ni transférés, ni modifiés, ni détruits sans l'autorisation préalable et écrite de X. Le Fournisseur supporte les risques de la garde de ces outillages, il doit les assurer pour leur valeur de remplacement et les entretenir et les renouveler à ses frais* »[960].

De même, il est souvent prévu dans le contrat qu'aucune modification des outils spécifiques ne peut être effectuée sans l'accord du constructeur, et ce, même si cela doit permettre son utilisation et dès lors que cela ne ressort pas du simple réglage lié au fonctionnement ou à l'entretien.

[959] Le constructeur impose au fournisseur l'obligation d'assurer l'outil contre tous risques et tous dommages, et ce, pour la durée du prêt relatif à chaque outil spécifique.

[960] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

349.- Enfin, une fois que la production des pièces fabriquées est arrêtée (généralement du fait du constructeur lorsqu'il ne souhaite plus s'approvisionner en pièces de première monte ou en pièces de rechange), il est possible de prévoir la cession à l'équipementier de l'outil si celui-ci en a l'utilisation pour la fabrication de pièces destinées au marché de deuxième monte.

Du reste, afin de pouvoir se servir des outils spécifiques, le fournisseur ne doit pas seulement pouvoir utiliser l'objet que constitue l'outil, il doit également pouvoir utiliser les droits de propriété intellectuelle ou les savoirs faires relatifs à ces outils, indispensables à leur utilisation.

II. L'utilisation des résultats relatifs aux outils spécifiques

350.- L'utilisation des outils spécifiques par le fournisseur aboutit fréquemment à la création de droits de propriété intellectuelle ou de savoir-faire. Les outils spécifiques étant la propriété du constructeur automobile, celui-ci souhaite s'en attribuer la propriété.

Il est alors fréquent de retrouver dans le contrat de prêt à usage ou dans les conditions générales régissant celui-ci des clauses stipulant que « *les résultats correspondants aux outils spécifiques commandés et payés par notre société deviendront de plein droit, dés leur création, sans restriction ni réserve, la propriété exclusive de notre société. Votre société cédera à notre société, à titre exclusif, pour la durée de validité des droits d'auteur et pour tous pays, au fur et à mesure de leur création, sans limitation d'étendue ou de destination et pour tous pays, tous les droits de propriété intellectuelle afférents aux résultats desdits outils , en ce inclus tous les droits patrimoniaux d'auteur* ».

Il peut également être précisé le contenu des droits d'auteur : « *Les droits d'auteur comprennent notamment les droits patrimoniaux, les droits de reproduction et de représentation et en particulier le droit d'adaptation, de modification, d'incorporation, de commercialisation, de traduction, de fabrication, de vente, d'entretien et de réparation et ce, quelque soit le procédé ou le support présent ou à venir* ». Il est généralement prévu dans le contrat que le prix défini dans la commande de l'outil spécifique inclut le prix de cession des droits de propriété intellectuelle.

Or une telle clause a pour effet de priver le fournisseur de la possibilité d'utiliser l'outil pour la production de pièces qu'il distribuera hors du réseau du constructeur. C'est

donc contraire au règlement n°461/2010 qui dispose que le fournisseur de pièces de première monte ne doit pas être restreint par le constructeur dans ses possibilités d'accéder au marché des pièces de rechange.

Afin d'être en conformité avec le règlement d'exemption, les contrats devraient stipuler que suite à la cession au constructeur de tous les résultats relatifs aux outils , une licence exclusive et gratuite (ce qui est équitable étant donné que ces résultats sont le fruit de l'activité du fournisseur) sera accordée à l'équipementier pour la durée de validité de ces droits de propriété intellectuelle.

De cette manière, le fournisseur peut accéder au marché secondaire des pièces de rechange et le constructeur peut également confier la fabrication desdites pièces à un tiers, ce qui accroît la concurrence.

Les outils spécifiques ne sont pas les seuls éléments permettant au donneur d'ordre de restreindre la capacité du sous-traitant d'agir en tant qu'offreur indépendant sur le marché des pièces de rechange. Les droits intellectuels nécessaires à la prestation jouent le même rôle.

§2. L'utilisation des droits intellectuels

351.- L'idéal pour le donneur d'ordre étant de restreindre l'activité du sous-traitant à son approvisionnement exclusif, c'est ce qu'il fait en restreignant l'utilisation par le preneur d'ordre des droits intellectuels nécessaires à la réalisation des pièces détachées.

L'exécution du contrat nécessite souvent l'utilisation par le prestataire, c'est-à-dire le fournisseur, de droits de propriété industrielle. Il peut s'agir de brevets, de dessins & modèles mais encore de savoirs-faire. Ces droits peuvent alors être directement détenus par le fournisseur, soit dés leur création, soit en les ayant acquis auprès d'un tiers. Il est précisé dans le contrat que le fournisseur s'interdit d'utiliser pour l'exécution de la commande des droits de propriété intellectuelle appartenant à un tiers, sans l'autorisation écrite préalable de celui-ci (concession de licence). Ainsi, il est généralement prévu que les droits ou redevances qui pourraient être dus pour cette utilisation sont à la charge exclusive du fournisseur.

Mais ils peuvent également être détenus par le constructeur automobile qui les mettra à disposition du fournisseur pour l'exécution de la commande. Une difficulté peut apparaître si le constructeur est seulement licencié ou copropriétaire d'un droit de propriété industrielle. Le licencié, s'il a le droit de concéder des sous-licences, peut a fortiori recourir à la sous-

traitance. De même, le copropriétaire d'un brevet a le droit de recourir à des sous-traitants puisque chacun des copropriétaires peut donner des licences non exclusives[961].

Par conséquent, la fabrication d'une pièce nécessite souvent la réunion de droits appartenant au constructeur et de droits appartenant au fournisseur. Cette situation est alors problématique, car le constructeur qui souhaite produire ou faire produire par un équipementier tiers la même pièce ne dispose pas des droits de propriété intellectuelle du premier. De la même façon, le premier fournisseur qui souhaite produire des pièces destinées au marché secondaire, tel que le règlement n°461/2010 en dispose, ne dispose pas de la totalité des droits nécessaires à cette réalisation.

Il appartient alors de distinguer le cas où les droits en cause sont détenus par le constructeur automobile (I) du cas où les droits en cause sont détenus par l'équipementier (II).

I. L'utilisation des droits détenus antérieurement par le donneur d'ordre

352.- Il est généralement convenu dans le contrat que les droits détenus par le donneur d'ordre antérieurement à la date de début d'exécution de la commande et qui sont transmis aux fins de son exécution demeurent la propriété de celui-ci[962]. La stipulation suivante est donc fréquente : « *le constructeur X demeure seule titulaire de tous les droits de propriété intellectuelle et industrielle qui ont été générés ou acquis par lui et/ou ses Affiliés avant la date de début d'exécution de la commande et dont le Fournisseur pourrait avoir à connaître ou faire usage dans le cadre de l'exécution de ladite commande.* »

Le contrat de sous-traitance prévoit donc une licence sur ces droits accordée pour la durée du contrat et limitée à l'exécution de celui-ci. Par conséquent, le fournisseur n'acquiert pas du fait du contrat un quelconque droit d'utiliser ces droits en dehors de la commande qui lui a été passée par le constructeur. Le donneur d'ordre limite ainsi la capacité du preneur d'ordre à utiliser ces droits intellectuels en dehors du contrat et l'empêche par la même occasion de produire pour son propre compte des pièces similaires. Le donneur d'ordre limite alors la concurrence que pourrait lui faire le preneur d'ordre.

Qu'en est-il lorsque les droits antérieurs au contrat sont détenus par le preneur d'ordre.

[961] Article L. 613-29-c du Code de la propriété industrielle.

[962] C'est habituellement précisé dans les « conditions générales d'achat » du constructeur, mais il arrive également que celles-ci renvoient aux conditions du contrat.

II. L'utilisation des droits détenus antérieurement par le preneur d'ordre

353.- En équité, les solutions techniques que le sous-traitant met en œuvre pour réaliser sa prestation devraient rester à son entière disposition à la fin du contrat.

Toutefois, un déséquilibre ressort du fait que le constructeur souhaite obtenir de son fournisseur une licence exclusive et gratuite sur les droits de propriété intellectuelle et industrielle et sur toutes informations nécessaires à la fabrication des pièces détachées qui font l'objet du contrat de sous-traitance. Le constructeur se réserve ainsi la possibilité de faire fabriquer les mêmes composants par un équipementier tiers qui utiliserait les droits intellectuels de l'équipementier originaire.

Le constructeur automobile tente alors d'imposer le type des clauses stipulant qu'« *une licence sera consentie pour le monde entier et pour toute la durée des droits de propriété intellectuelle et industrielle concédés et emportera le droit, pour le constructeur X, de fabriquer, faire fabriquer, vendre, faire vendre, réparer, faire réparer, rénover et faire rénover les produits objet de la commande et/ou tous produits identiques ou similaires, ainsi que le droit de concéder des sous-licences aux tiers de son choix et notamment à ses affiliés* ».

Afin de verrouiller ces stipulations, il est également précisé que « *le fournisseur s'engage à ne pas opposer ses droits de propriété industrielle et/ou intellectuelle qui seraient nécessaires à l'exploitation des résultats de chaque étude spécifique par le constructeur* ».

De même, il est fréquent que les conditions générales régissant le contrat disposent que « *le Fournisseur garantit le constructeur, ses affiliés et ses licenciés, ainsi que leurs réseaux de distribution respectifs contre toutes réclamations et/ou actions relatives aux produits objet de la commande et livrés par le Fournisseur, et notamment toutes réclamations fondées sur des droits de propriété intellectuelle et industrielle qui pourraient être intentées par des tiers* ». Pour se couvrir davantage encore des problèmes liés à cette clause, le constructeur impose au fournisseur, au cas où un tiers revendiquerait ses droits, d'obtenir les droits ou des licences pour ces droits auprès du tiers afin qu'il ne soit pas inquiété, et ce, à ses frais.

En conséquence, le sous-traitant qui dispose de droits intellectuels et qui les utilise pour réaliser une prestation voit l'utilisation de ces droits accordée au donneur d'ordre qui

pourra les employer ou les transmettre à un tiers afin de fabriquer des produits identiques. Il perd ainsi l'exclusivité des droits intellectuels qu'il a créés et il est de plus mis en concurrence avec le donneur d'ordre ou des tiers missionnés par celui-ci.

354.- En fin de compte, il ressort de la rencontre des clauses relatives aux droits détenus antérieurement par le donneur d'ordre et des clauses relatives aux droits détenus antérieurement par le preneur d'ordre, un déséquilibre important dans le contrat. En effet, le sous-traitant ne peut utiliser les droits détenus antérieurement par son cocontractant, son activité est alors strictement limitée à l'exécution de la commande passée par le constructeur. Le donneur d'ordre qui ne fait que commander des fournitures peut quant à lui disposer des droits intellectuels nécessaires à leur réalisation. Il peut alors décider de faire fabriquer ces pièces par un tiers.

Outils spécifiques et droits antérieurs au contrat de sous-traitance de fabrication sont donc le support de pratiques anticoncurrentielles. Mais ce type de pratiques existe également dans les accords de sous-traitance de recherche et développement suivis d'une phase de fabrication.

SECTION 2

LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DANS LES ACCORDS DE SOUS-TRAITANCE DE RECHERCHE ET DÉVELOPPEMENT SUIVIS D'UNE PHASE DE FABRICATION

355.- L'accord de sous-traitance organisant la conception puis la fabrication de fournitures a été identifié comme l'accord par lequel un opérateur de la production automobile (constructeur ou équipementier) engage une entreprise afin que celle-ci effectue des travaux de Recherche & Développement puis fabrique des composants automobiles adaptés à ses besoins[963]. Cela participe de la stratégie d'externalisation de la production de modules[964] et du renforcement des liens entre client et fournisseur[965]. Il ne faut toutefois pas confondre cet accord avec l'accord de recherche et développement en commun tel que résultant du règlement 2659/2000 et qui organise non pas une relation de sous-traitance, mais une relation de coopération. Cela est d'ailleurs confirmé par les clauses d'exonération de responsabilité qui stipulent que « *le constructeur n'est en aucun cas et en aucune circonstance un professionnel de même spécialité que le fournisseur* »[966]. Les parties ne peuvent donc pas collaborer dans cette spécialité.

Il convient par conséquent d'étudier dans un premier temps comment cette obligation de recherche & développement peut être le siège de graves restrictions de concurrence (§1). Dans un second temps, il conviendra d'étudier un point essentiel des accords de production automobile, l'obligation de coopérer dont est débiteur chaque équipementier chargé d'opérations de conception et de fabrication (§2).

---

[963] J. AZEMA, *op. cit.* (v. note n°10) ; C. MIDLER, « Les partenariats interentreprises en conception », accessible sur *http://www.education.gouv.fr* ; ce type de contrat existe depuis longtemps (Y. REBOUL, *Les contrats de recherche*, Litec, 1978.), mais un engouement s'est fait ressentir avec la complexification des biens.

[964] V. introduction.

[965] Pour des études identifiant les rapports client/fournisseur : F. WACHEUX, « Alliances : conséquences stratégiques et organisationnelles », *Rev. fr. gest.*, mars-mai 1996, p. 12 ; J.-P. NEUVILLE, « Béni soit le partenariat : les dix commandements du fournisseur performant », *Gérer et Comprendre*, 1998, p. 55 ; G. NAULLEAU et J.-P. GUTH, « Du partenariat à l'entreprise étendue, vers une reconfiguration de la relation client/fournisseurs dans le secteur automobile », G*érer et comprendre*, Sept. 2000, p. 31 ; C. MOTHE, « Les implications des coopérations en recherche-développement », *finance contrôle Stratégie*, n°2, juin 2001, p. 91.

[966] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

§1. L'obligation de recherche & développement

356.- Il faut identifier alors dans un premier temps en quoi consiste cette obligation (§1) avant de voir comment le constructeur la détourne afin de se réserver le droit exclusif de distribuer les produits contractuels (§2).

I. L'identification de l'obligation de recherche & développement

357.- Identifier l'obligation de développer suppose dans un premier temps d'en préciser l'objet (I). Puis, dans un second temps d'en préciser les conditions de validité de celui-ci (II).

A. L'objet de l'obligation de recherche & développement

358.- Les termes « recherche & développement » étant très vagues, identifier l'objet de l'obligation qui s'y rapporte suppose d'employer une démarche antagoniste consistant à identifier dans un premier temps ce que ce n'est pas avant d'identifier dans un second temps ce que c'est. À l'identification négative (1) succédera donc l'identification positive (2).

1. L'identification négative de l'objet de l'obligation de recherche & développement

359.- Il ne faut pas confondre l'obligation de recherche & développement faisant partie des obligations nées du contrat avec la phase d'étude précontractuelle nécessaire à l'établissement de l'offre du fournisseur. Le cahier des charges d'orientation du constructeur automobile est parfois très succinct. Le fournisseur doit alors faire une étude du projet afin de proposer au demandeur une offre précise. C'est différent des travaux de développement réalisés par ce même fournisseur dans l'exécution du contrat et pour laquelle il est rémunéré.

De même, l'obligation de recherche & développement ne doit pas être confondue avec l'obligation de progrès qui en découle[967]. Postérieurement à l'exécution de la commande, le

[967] Cette obligation présente dans les accords de fourniture automobile est du type : « Postérieurement à l'émission de la commande, le fournisseur fait tous ses efforts pour rechercher des améliorations de la définition

fournisseur fait tous ses efforts pour rechercher des améliorations de la fourniture[968]. Ce n'est pas une prestation de maintenance, d'assistance ou de formation. Elle concerne tant la définition technique de la fourniture qui peut être amenée à évoluer que son processus industriel de fabrication. Cette solution technique doit toutefois être différente des variantes proposées par le fournisseur durant la phase de négociation du contrat avant l'établissement de son offre définitive. Elle s'inscrit dans le désir de diminuer les coûts de production.

Aussi, le constructeur automobile impose souvent dans le contrat la possibilité de se faire présenter une fois par an les efforts engagés par le fournisseur en exécution de cette obligation.

Toutefois, cette obligation de progrès ne peut aboutir à des modifications du processus de production et des caractéristiques techniques de la pièce qu'après l'accord exprès du constructeur. Sans cet accord, l'acheteur pourrait reprocher au fournisseur de ne pas avoir exécuté le contrat dans le respect du cahier des charges.

L'objet de l'obligation de recherche & développement apparaît ambigu. Par conséquent, après avoir précisé ce qu'il n'est pas, il faut préciser ce qu'il est.

2. L'identification positive de l'objet de l'obligation de recherche & développement

360.- L'équipementier débiteur d'une telle obligation de recherche & développement peut se trouver dans plusieurs situations. Soit il est en charge de la conception et de la fabrication d'une pièce ou d'un ensemble de pièces, soit il a pour mission d'adapter une technologie ou d'appliquer ses savoirs-faire pour qu'en bénéficie le projet du constructeur. L'obligation de recherche & développement peut donc avoir pour objet la conception de fournitures nouvelles (a), ou l'intégration de technologies préexistantes (b).

technique de la fourniture extérieure, s'il y a lieu en coopération avec X, ainsi que de son processus industriel, dans le souci constant d'une diminution du coût de fabrication et de l'amélioration de la qualité, notamment de la durabilité, de la fourniture extérieure».

[968] C. MIDLER, G. GAREL et A. KESSELER, *op. cit.* (v. note n°12).

a) La conception de composants automobiles

361.- Une part du véhicule (20 %) est conçue et fabriquée par le constructeur automobile[969]. Cela ne l'empêche toutefois pas d'avoir recours dans le cadre de cette activité à des entreprises extérieures. Ce fournisseur est alors chargé de la production d'une pièce ou d'un ensemble de pièces nécessitant parfois une phase de développement.

L'autre part du véhicule est divisée en modules (80 %) dont la production est confiée aux équipementiers principaux, c'est-à-dire de premier rang[970]. Chaque équipementier principal doit alors compléter ses connaissances dans les domaines qu'il maîtrise peu ou doit acquérir auprès de fournisseurs et sous-traitants les composants dont il a besoin. Le type de clause suivant est alors récurrent : « *Le fournisseur extérieur doit définir et mettre en œuvre une organisation fonctionnelle et logistique (approvisionnements, effectifs, formation, équipements, procédures, etc.) apte à lui permettre, compte tenu de ses propres spécificités, de satisfaire, dans la quantité et dans le délai convenu, les besoins de X tels qu'exprimés dans ses ordres de livraison, dès lors que ceux-ci respectent les règles de flexibilité convenues entre les parties* »[971].

Chargés de la réalisation d'un module, les équipementiers principaux ont eu le choix entre deux types de stratégie : l'intégration ou la modularisation de la production. La pratique se situe entre les deux.

Les équipementiers « intégrateurs » conservent le contrôle de l'ensemble des processus de conception et de production. Ils acquièrent les connaissances qu'ils n'ont pas et qui sont nécessaires à la réalisation des modules. L'automobile couvre cependant un nombre croissant de technologies et ces équipementiers doivent faire de gros investissements en R&D[972]. C'est une solution peu utilisée en pratique, car elle nécessite un développement structurel important.

Les équipementiers « modularistes » n'usent pas de la même stratégie. Ils transfèrent la complexité de la production aux sous-traitants et reprennent la stratégie modulaire du constructeur automobile. Chaque module est lui-même divisé en sous-modules. Il lui appartient dès lors de compléter les spécialités qu'il ne couvre pas lui-même, soit en

[969] C. LEVI, « Le cœur de métier, un concept aux frontières floues », *Echos.fr*, 3 nov. 1998, p. 49.

[970] Le problème qui se pose est la perte des connaissances techniques permettant la réalisation du module. À terme ils risquent de ne plus être que des intermédiaires sans connaissances.

[971] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[972] P. BOURGEOIS et L. ESTIVAL, « Les équipementiers en mutation », *Cah. ind.* mai 1999, n°47, p.17.

s'approvisionnant auprès d'autres équipementiers ou fournisseurs, soit en constituant une société commune avec d'autres fournisseurs afin de pouvoir couvrir l'ensemble des savoir-faire et des techniques nécessités par le module[973]. La stratégie de production modulaire favorise ainsi les accords de coopération[974]. Par conséquent, l'équipementier principal dirige sa propre production, mais il est également responsable de la production des autres équipementiers et fournisseurs participants à sa réalisation et qu'il a recruté[975]. Une part de la conception sera donc externalisée, l'autre part restant de sa compétence.

De fait, l'obligation de recherche & développement contenue dans l'accord liant l'équipementier principal au constructeur automobile est une obligation de concevoir. Il ne peut y avoir de codéveloppement avec le constructeur puisque celui-ci est hors de sa sphère de compétence. Cela ne signifie pas pour autant qu'aucun échange d'information n'existe entre les parties. L'équipementier principal doit définir précisément l'architecture du module dont il a en charge la conception et la production. Cela comporte notamment un volet relatif à l'intégration de cet ensemble dans l'ensemble supérieur constitué par le véhicule. Il y a donc nécessairement une collaboration avec le constructeur et avec les autres équipementiers principaux. Cela relève de l'obligation de coopération[976].

Du reste, l'obligation de recherche & développement ne consiste pas à concevoir des fournitures avant de les fabriquer, mais consiste pour l'équipementier à intégrer des technologies qu'il détient au projet de nouveau véhicule du constructeur automobile.

[973] E. BARREIRO, *op. cit.* (v. note n°626).

[974] P. ex.: Communiqué de presse VALEO, « VALEO se rapproche de International Rectifier pour accroître son potentiel dans les systèmes électroniques », *www.valeo.fr*, 12 févr. 2002. « Valeo et International Rectifier (…) annoncent aujourd'hui la signature d'un accord de partenariat sur plusieurs années pour développer des systèmes innovants à base d'électronique de puissance pour l'automobile ».

[975] Ceci provient du fait que dans le contrat principal liant constructeur et équipementier, il est précisé que « le Fournisseur pourra sous-traiter tout ou partie de ses obligations après accord préalable, exprès et écrit de X sur l'identité des sous-traitants, sous réserve toutefois que lesdits sous-traitants soient assujettis aux mêmes règles que le Fournisseur en ce qui concerne notamment la confidentialité et la propriété intellectuelle et industrielle. En cas de sous-traitance autorisée, le Fournisseur restera seul responsable vis-à-vis de X et se porte garant du respect des dispositions des présentes conditions par les sous-traitants concernés » [975].

[976] Voir Titre 1 Chapitre 1, section 2, §2 : Les stipulations spécifiques relatives à l'obligation de coopérer.

b) L'intégration de technologies

362.- Il est très fréquent que des équipementiers automobiles déposent des brevets qui sont ensuite la proie des industries automobiles[977]. C'est devenu une part considérable de leur stratégie de développement[978], notamment actuellement en ce qui concerne le secteur des technologies « propres »[979]. Ces nouvelles technologies sont des atouts considérables pour les constructeurs automobiles qui en obtiennent les droits de propriété industrielle. Celles qui remplissent un but technique pourront être protégées par le droit des brevets. Celles qui remplissent un but esthétique pourront être protégées par le droit d'auteur et/ou par le droit des Dessins & Modèles. Le constructeur désireux d'équiper ses véhicules de ces technologies ou qui souhaite leur donner ces traits esthétiques devra acquérir les droits correspondants et les adapter. Cela aboutit à des situations où le fournisseur est lié au constructeur par un accord de développement ayant pour objet l'adaptation d'une technologie développée précédemment par lui-même ou acquise auprès d'un tiers et que le constructeur souhaite incorporer à ses véhicules.

De fait, la phase de développement consiste en des travaux d'adaptation de la technologie aux besoins du constructeur. Cela pousse également le constructeur à intégrer un certain nombre de paramètres lui permettant de s'adapter aux technologies du fournisseur.

363.- Pour le cas particulier où c'est un laboratoire de recherche ou une université qui a mis au point une technologie, il n'y a pas dans le contrat de cession des droits de propriété industrielle d'obligation d'adapter. Ces laboratoires sont le plus souvent spécialisés dans la recherche fondamentale et n'ont pas les capacités pour assurer l'application d'une technologie. Le constructeur acquiert alors des droits sur les brevets et assurera lui-même ou par l'intermédiaire d'un sous-traitant les phases de développement et de production. Les droits de propriété intellectuelle sont alors transférés par des contrats de cession de brevets ou par des concessions de licence[980].

---

[977] P. BROCARD et C. DONADA, *op. cit.* (v. note n°942), *« Les équipementiers de l'automobile investissent de plus en plus dans la recherche et développement. Aujourd'hui, ils prennent déjà en charge un tiers du coût de développement d'un nouveau modèle »*.

[978] T. MORIN, « Plus que jamais, VALEO s'engage à créer un monde automobile meilleur, rapp. d'act. du groupe VALEO pour l'année 2006 : différenciation technologique », p. 37, accessible sur le site *www.valeo.fr*.

[979] Un exemple particulièrement visible actuellement : la technologie « stop and start » développée par BOSCH et que l'on retrouve chez différents constructeurs automobiles (PEUGEOT, CITROËN, TOYOTA…).

[980] T. MORIN, *op. cit.* (v. note n°978).

Au demeurant, l'identification de l'obligation de recherche & développement ne se limite pas à l'examen pratique de son objet, faut-il encore que celui-ci soit valide au regard du droit.

B. La validité de l'objet l'obligation de recherche & développement

364.- L'obligation , pour être valable au regard de l'article 1108 du Code civil, doit avoir un objet certain, ce qui suppose qu'il existe (1), qu'il soit déterminé ou déterminable (2) et licite (3)[981].

1. L'existence de l'objet

365.- L'existence de l'objet est une condition de validité du contrat imposée par l'article 1108 du Code civil qui vise « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* ». Encore faut-il pour qu'il existe (a) qu'il soit possible (b).

a) L'existence de l'objet au moment de l'exécution de la convention

366.- Si l'objet doit exister, il peut, en application de l'article 1130 al. 1er du Code civil, ne pas exister au jour de la formation du contrat pour autant qu'il existe lors de son exécution. Cet article stipule que « *les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation* ».

Cependant, si l'objet n'existe pas au jour de l'exécution du contrat, si par exemple les fournitures ne peuvent être produites parce que le fournisseur n'a pu mener à bien son obligation de développer une technologie, deux cas sont à distinguer :

367.- Le constructeur a accepté un aléa quant à l'existence des résultats nés de la phase de développement. L'obligation de recherche & développement est une obligation de moyen puisqu'aucun résultat n'est promis contractuellement. Le constructeur ne peut pas demander réparation de son préjudice, car il a accepté le risque. Il ne peut pas non plus

[981] S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* (v. note n°781).

demander le remboursement des sommes perçues par le fournisseur au titre des travaux de développement.

Une pratique existe alors dans le secteur automobile afin que le constructeur ne soit pas contraint de payer ces frais même en l'absence de résultats satisfaisants. Les coûts sont répercutés sur le prix unitaire des pièces ou ensembles de pièces produits et seule une avance de ces frais de l'ordre de 10 % est consentie en pratique par le constructeur. Ainsi, si les travaux de développement ne permettent pas la production de fournitures satisfaisantes eu égard aux désirs de l'acheteur, parce qu'ils n'ont pas donné naissance aux résultats escomptés, le fournisseur ne peut pas toucher l'intégralité des sommes dues au titre des travaux scientifiques.

Il faudrait donc prévoir contractuellement une somme minimale payée par le constructeur en raison des travaux de développement effectués par le fournisseur.

368.- Le constructeur n'a pas accepté d'aléa quant à l'existence des résultats nés de la phase de développement. L'obligation de recherche & développement est une obligation de résultat. En cas d'inexécution partielle (si les résultats sont inférieurs à ceux escomptés) ou totale (absence de résultats exploitables), le constructeur peut demander à ce que son préjudice né de l'inexécution du contrat soit réparé, ce qui comprend le remboursement des sommes déjà versées. D'ailleurs se rencontrent dans les contrats certaines clauses relatives aux exonérations de responsabilité du fournisseur. Ainsi, il est possible de stipuler que « *quelle que soit la nature de l'obligation concernée, le fournisseur s'interdit de fonder sur le caractère professionnel du bénéficiaire ou les éventuelles limites des règles de l'art, une quelconque exonération de sa responsabilité. Le bénéficiaire n'est en aucun cas et en aucune circonstance un professionnel de même spécialité que le fournisseur* »[982].

Au demeurant, l'objet de l'obligation de recherche & développement ne peut exister que s'il est également possible, certaines obligations de résultat étant inexécutables.

[982] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

b) La possibilité de l'objet

369.- Que l'objet soit possible laisse entendre, d'une part, que la prestation de recherche soit possible, et, d'autre part, que les résultats de recherche soient possibles. En effet, « *à l'impossible, nul n'est tenu* ».

- Une prestation de recherche possible. L'exigence d'une prestation possible, c'est-à-dire réalisable, suppose que n'importe quelle recherche ne peut pas être confiée, par contrat, à un entrepreneur. La réalisation de travaux scientifiques dont les résultats sont incertains n'exclut pas que la recherche puisse être réalisée.

- Des résultats de recherche possibles. L'exigence d'une prestation de recherche possible s'adresse aussi à l'objet de celle-ci. Cet objet étant les résultats contractuels, ceux-ci, bien que n'étant pas dans l'état de la technique, doivent être atteignables. Que le produit ou le procédé envisagé n'existe pas au moment de la conclusion du contrat, ne fait pas obstacle à ce qu'il soit l'objet d'un contrat. En effet, l'article 1130, alinéa 1, du Code civil dispose que « *les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation* » ; encore faut-il, cependant, que la chose future soit réalisable. Ainsi, si l'inexécution de l'obligation est le fait de l'inaptitude du débiteur qui a promis des résultats qu'il ne pouvait réaliser, mais dont la découverte est possible, sa responsabilité peut être engagée. Une prestation de recherche n'est plus possible lorsque les moyens à utiliser pour effectuer les travaux de recherche sont impossibles à réaliser ou si leur mise en œuvre est hors de portée de l'entrepreneur.

Outre l'existence de l'objet, qui est la première condition de sa validité, il faut que cet objet soit déterminé.

2. La détermination de l'objet

370.- La prestation scientifique consiste à effectuer des travaux de nature intellectuelle dont on ne connaît pas l'aboutissement ou en vue de l'obtention d'un produit nouveau ou d'une réalisation technique nouvelle. L'article 1129 du Code civil stipule qu'« *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». L'objet doit donc être déterminé ou déterminable.

Il est opportun de distinguer selon qu'il s'agisse d'une prestation de recherche fondamentale ou d'une prestation de recherche appliquée :

- La prestation de recherche fondamentale. L'objet du contrat est déterminé lorsqu'il vise l'exécution de travaux scientifiques sans que le client ne leur ait assigné l'obtention d'un résultat préalablement défini. Il en est ainsi, en matière de recherche fondamentale. Il faut et il suffit, dans ce cas, que le contrat indique le domaine dans lequel les travaux seront accomplis.

- La prestation de recherche appliquée. La prestation scientifique est déterminable lorsque l'objet ne prévoit pas, expressément, quels travaux doivent être accomplis par l'entrepreneur. Le contrat stipule une réalisation concrète, un produit ou un procédé nouveau. Seul est fixé le résultat à atteindre. Le client ne commande pas des travaux dont il confie l'exécution à l'entrepreneur, mais l'obtention d'un résultat qui peut être matériel, un produit ou un procédé par exemple, ou qui peut être immatériel, une performance technique par exemple. C'est le type de prestations que l'on retrouve dans les contrats du secteur automobile. Dans cette hypothèse, la prestation de recherche est seulement déterminable. Il appartient à l'entrepreneur, choisi en raison de ses compétences, d'initier et d'orienter les travaux dans la direction qui paraît conduire au résultat souhaité.

La qualité de la chose doit donc être précisée. L'accord doit définir clairement de quelle qualité devra être la chose pour que l'obligation soit exécutée. À défaut de stipulations contractuelles, l'article 1246 du Code civil dispose qu'il convient de retenir une qualité moyenne. Ce qui nécessite que les critères de détermination soient suffisamment explicites pour ne pas aboutir à un litige ou pour que l'identification de la chose ne soit pas laissée à l'arbitraire de l'une des parties[983].

Enfin, une troisième condition de validité de l'obligation de recherche & développement découle de l'article 1108 du Code civil[984], son objet doit être licite.

3. La licéité de l'objet

371.- Le problème de la licéité de la prestation de recherche et, partant, de l'objet du contrat se pose au regard du droit civil et du droit de la concurrence.

L'article 1128 du Code civil dispose qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». Si les accords de développement du

[983] Cass. Civ. 1ère, 23 mai 1995, *D.* 1996, 113 ; Cass. Civ. 1ère, 19 nov. 1996, *D.* 1997. 609, note A. ZELCEVIC-DUHAMEL.

[984] S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* (v. note n°781).

secteur automobile ne portent pas sur le corps humain[985] ou sur des clientèles civiles[986], problématiques classiques, ils sont parfois proches de la problématique relative au caractère hors commerce des marchandises contrefaites[987]. N'est donc pas licite la convention organisant une prestation scientifique du fournisseur ayant pour objet de contrefaire des fournitures.

372.- De prime abord, le contrat de recherche ne semble pas de nature à entraver le progrès technique, mais au contraire à le favoriser.

Pourtant, il apparaît que certaines catégories de contrats peuvent parfois constituer une entrave au progrès technique ou limiter l'exercice de la concurrence entre les partenaires. Des accords de collaboration conclus entre des entreprises qui disposent de moyens propres de recherche peuvent conduire à des spécialisations dans des domaines scientifiques particuliers. Chaque partenaire s'engage à n'accomplir des travaux de recherche et développement que dans les secteurs qui lui sont réservés. En s'interdisant d'effectuer des travaux scientifiques en dehors de sa spécialité, l'entreprise renonce aux innovations génératrices de progrès technique qu'elle serait en mesure de réaliser.

Inversement, en s'assurant l'exclusivité des recherches dans les domaines qui lui sont attribués, l'entreprise limite l'exercice de la concurrence par son partenaire.

Toutefois, l'atteinte à la concurrence ne pourra se produire que dans la mesure où l'accord est conclu entre des entreprises ayant des activités similaires ou, du moins susceptibles de mettre sur le marché des innovations concurrentes.

Encore qu'un accord ayant de tels effets anticoncurrentiels puisse être exempté. Le plus souvent, en effet, les entreprises industrielles recourent à la collaboration scientifique et technique, parce qu'elles ne peuvent réaliser, seules, les innovations dont elles ont besoin. Les moyens financiers à mettre en œuvre sont tels, que les entreprises n'ont pas d'autre alternative que de renoncer à innover ou de collaborer en se répartissant les tâches.

Dans ces conditions, le rapprochement des deux entreprises n'est plus que restrictif d'une concurrence théorique. Par son existence, il contribue au développement du progrès économique, car il donne à ses partenaires la possibilité d'effectuer des travaux de recherche-développement qui permettent d'atteindre cet objectif.

---

[985] Sur les conventions de mères porteuses : Cass. Ass. Plén, 31 mai 1991, *D.* 1991, 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN.

[986] Cass. Civ. 1ère, 7 juin 1995, *D.* 1995. p. 560, note B. BEIGNIE.

[987] Cass. Com., 24 sept. 2003, *JCP* 2004, I, 123.

Toutefois, en matière automobile, il arrive fréquemment que l'obligation de recherche & développement soit détournée afin de permettre au constructeur automobile de se réserver l'usage exclusif des droits intellectuels qu'elle fait naître.

II. Le détournement de l'obligation de recherche & développement par le recours au mandat

373.- Confier à un tiers la fabrication et/ou la conception de pièces peut faire naître des innovations techniques ou des savoirs-faire qui seront le fait du fabricant/concepteur. Dans le cadre d'un accord de développement, les parties ont intérêt à préciser contractuellement l'attribution des brevets relatifs à ces inventions[988]. Elles peuvent prévoir l'attribution des brevets au donneur d'ordre ou au prestataire, ou un système de copropriété.

Si l'objet du contrat paraît clair, la pratique rend l'analyse juridique de cet accord plus délicate. En effet, en pratique le contrat, qualifiable de mandat, stipule que les droits nés des travaux de développement sont réputés entrer dés leur création dans le patrimoine du constructeur. Le mandataire (l'équipementier sous-traitant), réalise donc, en vertu du contrat de mandat, des opérations de recherche & développement au nom et pour le compte du mandant (le constructeur donneur d'ordre).

Ces droits sont par la suite transférés au preneur d'ordre par une licence afin qu'il puisse assurer la fabrication des produits contractuels. Son droit d'utiliser les droits intellectuels est alors strictement limité à la réalisation du contrat. Le donneur d'ordre s'assure ainsi que le sous-traitant ne pourra pas produire de façon indépendante des produits concurrents. Or cela va à l'encontre du règlement n°461/2010 qui dispose que le fournisseur ne doit pas être restreint dans sa capacité à fournir de façon autonome le marché secondaire en produits concurrents[989]. De plus, ceci est peu équitable étant donné que le fournisseur qui réalise la prestation ne conserve aucun fruit de son travail alors que le donneur d'ordre se contente la plupart du temps d'exprimer son besoin d'une manière très générale.

[988]J. AZEMA, *op. cit* (v. note n°10), *« L'attribution des brevets sera beaucoup plus délicate en l'absence de stipulation sur ce point et les tribunaux seront conduits à rechercher le légitime titulaire, par une interprétation du contrat, tenant compte tout à la fois de l'élément matériel représenté par le financement des travaux la recherche et de l'élément intellectuel que représente la direction des travaux ».*

[989] Art. 5. b) du règlement 461/2010.

Si une telle clause est contraire au règlement n°461/2010, la pratique n'a toujours pas effacé ce type de stipulations[990]. Afin que la relation contractuelle soit équilibrée, il devrait être prévu que les résultats liés à la réalisation de la commande soient détenus par les deux partenaires en copropriété. Ainsi, chaque partie devrait être libre d'exploiter, en toute indépendance, directement ou indirectement, les résultats dont elle est copropriétaire.

Au demeurant, l'existence de droits intellectuels dans les composants automobiles ainsi que les interconnexions nécessaires à l'assemblage de ceux-ci, supposent que soit introduite dans les contrats de production une obligation à la charge du fournisseur de coopérer avec les autres fournisseurs du constructeur.

§2. L'obligation des équipementiers de coopérer

374.- Le constructeur automobile, en se recentrant sur son cœur de compétences, s'est dessaisi de nombreuses compétences techniques. Il n'est plus qu'un architecte intégrateur des systèmes conçus par ses principaux équipementiers. L'architecte assume les fonctions d'architecture générale et de contrôle de la production. La fonction de coordination d'une part de la production est déléguée à l'équipementier[991].

Le constructeur automobile délègue à ses équipementiers principaux la conception et la réalisation de modules[992]. Une fois les modules assemblés sur le véhicule, la fonction « air conditionné » doit être performante alors qu'elle est fractionnée entre plusieurs modules. Il faut donc un important échange d'informations techniques entre tous les opérateurs de la chaîne de production, ce qui oblige chaque acteur à être complémentaire des autres. Il faut toutefois distinguer à cet égard l'accord d'exécution de l'accord de développement :

- Dans les accords d'exécution, le fournisseur reçoit simplement un cahier des charges qu'il doit strictement respecter. Dans ce cas il est de la responsabilité du constructeur lors de son élaboration de prévoir les interconnexions avec les autres pièces adjacentes ou avec

[990] De ces importantes clauses relatives à la propriété industrielle et intellectuelle découlent les clauses de confidentialité. Il est généralement prévu que la confidentialité sera maintenue tant que les informations ne seront pas dans le domaine public et au minimum pendant dix ans, durée d'usage dans le secteur automobile. En effet c'est la durée qui est généralement retenue par l'usage, à partir de la date de fabrication du véhicule et durant laquelle le constructeur doit pouvoir fournir le consommateur en pièces de rechange. Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 sur les échanges d'informations confidentielles sur les places de marché.

[991] N. AZOULAY et O. WEINSTEIN, « Les compétences de la firme », *REI*, 4è trim. 2000, n°93, p. 117.

[992] P. DUSSAUGE et B. GARRETTE, *Les stratégies d'Alliance*, Ed. d'Organisation, 1995.

lesquelles une harmonie fonctionnelle doit être satisfaite. Le fournisseur chargé de l'exécution n'a donc pas l'obligation de coopérer avec les autres fournisseurs du constructeur.

- Dans l'accord de développement, chaque membre responsable d'une pièce ou d'un ensemble de pièces doit pouvoir communiquer avec un nombre considérable d'entreprises tierces. Le fournisseur lié par un accord de développement a une obligation de recherche & développement, il est alors de son ressort de s'assurer de la bonne incorporation technique de sa production à l'ensemble qu'est le véhicule. Les accords constructeur/équipementier ayant pour objet des travaux de développement prévoient par conséquent une obligation pour le fournisseur de coopérer avec les autres fournisseurs du constructeur afin d'assurer l'homogénéité du véhicule et l'interconnexion des différents systèmes. Sont donc fréquentes les clauses stipulant que « *le fournisseur assiste le bénéficiaire, sur demande motivée et détaillée de celui-ci ,dans les discussions techniques du bénéficiaire et de tout fournisseur de celui-ci en relation directe ou indirecte avec la fourniture réalisée ou à réaliser par le fournisseur* »[993].

Il en découle dans le contrat l'obligation du fournisseur de coopérer. Il est débiteur de cette obligation durant les travaux de développement et après ceux-ci si un problème technique émerge.

Il y a donc fréquemment des clauses stipulant que « *le fournisseur s'engage à coopérer étroitement avec les partenaires contractuels du constructeur dont les développements, industrialisations ou fournitures de série sont susceptibles d'être impactés par la fourniture* ».

Il faut donc préciser l'objet de cette obligation (I) dont la répétition dans les accords de développement crée une multitude d'interconnexions entre les fournisseurs du constructeur automobile (II).

[993] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

I. L'objet de l'obligation de coopérer

375.- Une difficulté pratique émerge de l'obligation de coopérer. Un véhicule est un ensemble complexe de pièces dont la conception et la fabrication sont déléguées par le constructeur et pour une grande partie aux fournisseurs. Or, si la phase de consultation permet d'orienter la phase de développement qui va suivre la conclusion du contrat, il existe une part importante d'incertitudes quant à la définition technique des fournitures. Il n'est alors pas possible de connaître par avance l'étendue de l'obligation de coopérer dès lors que le projet n'est pas suffisamment défini. Ce n'est qu'au cours de l'exécution du contrat que les problèmes techniques liés à l'assemblage des fournitures vont se poser. L'obligation de coopérer consiste donc à trouver durant l'exécution du contrat des compromis techniques avec les autres fournisseurs. Or rien n'est prévu contractuellement, chacun va devoir faire des efforts de collaboration, mais si le compromis technique engendre un surcoût, aucun des deux fournisseurs ne pourra le répercuter sur les prix de vente des pièces. Celui-ci est fixé par avance dans le contrat et aucune clause de révision n'est intégrée au contrat. De plus, les deux fournisseurs sont obligés de trouver un compromis, car tout retard pris dans la production les oblige à dédommager le constructeur, parfois très lourdement. Cela n'est pas toujours évident dès lors que le nombre de fournisseurs devant se mettre d'accord peut être élevé[994].

Le fait pour le constructeur de prévoir un prix dans le contrat qui ne puisse pas être modifié durant son exécution lui permet donc de connaître de façon certaine les sommes dépensées pour l'achat de fournitures. Dans le même temps, le fournisseur est dans l'incertitude quant aux marges qu'il fera sur sa production tant que les travaux de développement ne sont pas achevés.

376.- Par ailleurs, si les différents fournisseurs du constructeur doivent communiquer afin de coordonner leurs travaux, il est nécessaire qu'il y ait un coordinateur principal[995]. Le constructeur doit conserver un pouvoir supérieur pour la coordination du projet d'ensemble afin d'assurer l'homogénéité de l'architecture du véhicule dont il détient le savoir-faire[996].

[994] Un véhicule est divisé en plusieurs modules, dont le nombre varie de 7 à 15 et qui sont chacun confiés à un équipementier principal. Plusieurs équipementiers principaux peuvent alors être concernés par un même problème technique.

[995] B. GUILHON et P. GIANFALDONI, « Chaînes de compétences et réseaux », *REI*, 1990, n°51, p. 97.

[996] F. FRÉRY, « De l'entreprise intégrée à l'entreprise transactionnelle », *Entreprises & Histoire*, 1995, n°10, p. 47 ; E. BARREIRO, *op. cit.* (v. note n°626).

Cela répond au recentrage des constructeurs automobiles sur l'assemblage et la conception d'ensemble des véhicules[997]. Il est alors en mesure d'imposer à l'ensemble de sa chaîne de production des standards techniques et ainsi, de gérer les relations entre les fournisseurs et les interactions techniques.

377.- Si coopérer est un devoir qui incombe à tout contractant, cette coopération est extracontractuelle. Il se crée pourtant une relation entre les deux partenaires. « *Collaborer, c'est commettre des actes positifs –exécuter en l'occurrence des obligations de faire- dans l'intérêt de tous et au profit de chacun* »[998].

Par comparaison, dans le contrat de consortium, l'animus cooperandi signifie qu'il existe des obligations individuelles de collaboration par exemple l'obligation de renseignement réciproque ou à une obligation d'assistance mutuelle.

Mais dans le contrat de développement tel qu'identifié en matière automobile, les coopérateurs ne sont pas contractuellement liés. Leur relation est extracontractuelle alors qu'elle naît d'un contrat, la comparaison aux contrats de consortium est donc imparfaite. L'obligation de coopération crée un rapport de droit entre deux équipementiers, alors qualifiable de stipulation pour autrui. « *Prévue à l'article 1121 du Code civil, la stipulation pour autrui est l'opération par laquelle, dans un contrat, une des parties (le stipulant) obtient de l'autre (le promettant) l'engagement qu'elle donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers étranger (le bénéficiaire), qui devient créancier sans avoir été partie à ladite convention* ». « *En cela, la stipulation pour autrui permet de s'affranchir du principe général de l'effet relatif des conventions édicté par l'article 1165 du Code civil* »[999].

Ainsi, la stipulation pour autrui « *parvient à faire participer aux obligations d'un contrat une personne qui est seulement partie à un autre contrat en étroite corrélation avec le premier* »[1000]. Si l'accord crée une communauté d'intérêts du fait de la clause de coopération, cela sert le constructeur. La clause de coopération tend ainsi à créer une nouvelle forme

[997] SESSI (Rédaction), « L'industrie automobile : constructeurs et équipementiers, service d'études et de statistiques industrielles », collection « en chiffres », *SESSI*, 2007.

[998] C.H. CHENUT, *op. cit.* (v. note n°954), pt. n°48

[999] *Ibid.*, pt. n°422

[1000] M. CABRILLAC, *op. cit.* (v. note n°923).

extracontractuelle de cotraitance[1001] et permet d'éviter la multiplication des rapprochements contractuels.

378.- Dès lors, quel est le contenu de l'obligation de coopérer ? À quoi s'est engagé le contractant, promettant de la stipulation pour autrui ? Cela doit être déduit de la pratique. Comme dans le contrat de consortium, l'obligation de renseignement réciproque « *qui impose aux parties de s'informer mutuellement et en temps utile de l'avancement de leurs travaux, des résultats atteints et/ou des éventuels retards, mais également de la survenance de tout incident ou de tout autre événement susceptible d'affecter la correcte réalisation du projet* »[1002] ne paraît pas exagérée. Cela renvoie également à une obligation d'assistance mutuelle, toutefois atténuée par rapport à celle résultant du contrat de consortium. Si dans ce dernier « *chaque partenaire doit faciliter au maximum la tache de ses co-partenaires* »[1003] , en dehors de tout contrat, l'exigence des parties qu'ils soient de bonne foi semble suffisante.

Il en ressort par exemple une obligation de ne pas se nuire qui est une obligation de ne pas nuire par l'inexécution de sa prestation[1004] . Cela se rapproche « *du devoir de » congruence contractuelle[1005] « selon lequel chacun doit à l'autre ce qui convient exactement à la situation donnée* »[1006].

Il en découle nécessairement une obligation de secret en raison des échanges d'informations réciproques qui « *pour s'épanouir pleinement, doivent s'inscrire dans un contexte de pleine confiance* »[1007]. Cette « *obligation de secret émane de l'obligation générale de coopération et semble exister même si elle n'est pas spécifiquement prévue au contrat* »[1008].

[1001] De même, de telles clauses de coopération sont incluses aux accords de fourniture liant l'équipementier de rang 1 à ses propres fournisseurs. Une telle cotraitance extracontractuelle se rencontre donc à tous les niveaux de la chaîne de production automobile et n'est pas nécessairement horizontale. Des entreprises de rang différent peuvent être liées par ces clauses de coopération.

[1002] C.-H. CHENUT, *op. cit.* (v. note n°954), pt. n°49 ; Cass. Civ. 3ème, 4 juin 1986 : L'arrêt précise que *« le devoir de conseil incombant à chacun des participants est accru d'une obligation de renseignement à l'égard de tous les intervenants »*.

[1003] G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, 1982, p. 343.

[1004] R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, 1990, n°453, p. 242

[1005] B. MERCADAL, *Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle*, DPCI, 1984, p. 332.

[1006] C.H. CHENUT, *op. cit.* (v. note n°954), pt. n°52.

[1007] G. DARMON, *Le contrat de coopération interentreprises*, th., Aix-Marseille 1998, n°306 p. 195.

[1008] En l'espèce, les contrats de consortium : C.-H. CHENUT, *op. cit.* (v. note n°954), pt. n°53.

L'ensemble de ces obligations ressort donc de l'obligation de coopérer que le constructeur automobile a imposée à ses partenaires et que ceux-ci ont par la suite imposée à leurs propres fournisseurs. Il y a donc une multitude et une conjugaison des obligations de coopérer.

II. La conjugaison des obligations de coopérer

379.- La multiplicité des obligations de coopérer dans les accords de développement crée une multitude d'interactions entre les acteurs de la chaîne de production automobile. L'obligation de coopérer illustre alors comment les différents acteurs complémentaires interagissent pour la réalisation d'un but commun[1009]. Or c'est bien comme cela qu'apparaît le réseau, c'est-à-dire comme un « groupe de contrats » visant « *un but commun à toutes les parties, connu et voulu par elles, qui assure la connexité de leurs conventions* »[1010].

Toutefois, il existe différents types de réseaux. Si les réseaux commerciaux ou de distribution sont bien connus[1011], ils apparaissent de par leur architecture (une tête de réseau [promoteur] et des distributeurs en contact avec le consommateur final) bien différents des réseaux industriels ou de production. Le premier a pour objet la réalisation des ventes par ses membres, alors que le second a pour objet la réalisation de ses ventes par le promoteur. Dans le secteur automobile, ces deux réseaux ont par conséquent pour promoteur le constructeur automobile.

En effet, le réseau de distribution est constitué de l'ensemble des contrats liant le constructeur et les distributeurs[1012] tandis que le réseau de production est constitué de l'ensemble des contrats liant le constructeur aux fournisseurs.

La chaîne de production automobile était auparavant pyramidale, le réseau a modifié cela en multipliant les interactions entre ses membres. Il est donc intéressant d'étudier dans un premier temps quels sont les critères d'identification du réseau de production automobile (A), avant d'étudier sa nature (B).

[1009] B. BAUDRY, « La question des frontières de la firme, incitation, et coordination dans la firme réseau », *RE*, n°2, mars 2004, p. 247.

[1010] B. TEYSSIE, *op. cit.* (v. note n°532), n°87, p.36.

[1011] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°83) et D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°180).

[1012] L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995, p. 36, n°87, *« Le réseau de distribution naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés »*.

A. L'identification du réseau de production automobile

380.- En pratique, le réseau est une organisation sans représentant, le promoteur ne peut prétendre représenter ses membres. Les enjeux sont communs, mais aucune institution ne naît de sa formation. Il est toutefois possible de créer une institution représentative des membres, par exemple sous forme d'association[1013]. Ainsi, si le réseau n'est pas défini par le droit et qu'il n'est pas une personnalité morale, il est tout de même reconnu par le droit[1014].

Les accords de fourniture du secteur automobile sont de deux types, peu différents l'un de l'autre, et sont étendus à tout le processus de production. Dès lors, la similarité et la multiplicité des engagements dans le processus de production laissent planer l'existence d'un réseau puisque celui-ci repose sur cette « *combinaison des engagements* »[1015].

Il faut donc préciser les notions de multiplicité (1) et de similarité (2) des engagements.

1. La multiplicité des contrats d'entreprise de production automobile

381.- La multiplicité des contrats dans les réseaux de distribution est la cause de l'engagement de chacun des membres. Une entreprise souhaite faire partie du réseau parce que d'autres en font partie et que, en même temps que le réseau s'élargit, l'enseigne est de plus en plus connue des consommateurs[1016]. Il faut remarquer que si un contrat ne peut être qu'intuitu personae dès lors qu'il intègre un concessionnaire à un réseau structuré[1017], a contrario, un ensemble de contrats ne peut constituer un réseau que si ceux-ci sont conclus

[1013] T. com. Paris, 20 juin 1979, *JCP éd. E* 1979, *Cah. dr. ent.*, n°6, p.14 : *« L'association « HONDAMI » réunissait les concessionnaires français et était chargée de veiller à la défense des intérêts de ses membres »*.

[1014] Article L. 330-3 du Code de commerce ou L. 122-6, 2 ° du Code de la consommation : « réseaux de vente » à la boule de neige.

[1015] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°83).

[1016] Lorsque le réseau est en construction, que seul un faible nombre de revendeurs en fait partie, la cause de l'engagement est la multiplicité future. Les revendeurs prennent un risque en rejoignant un réseau en passe de devenir important. Cela souligne donc le caractère intuitu personae du contrat, car il y a nécessairement un certain degré de confiance entre le revendeur et le promoteur du réseau. Le revendeur doit avoir confiance en les capacités du promoteur à développer le réseau et à le faire connaître.

[1017] CA Paris, 7 nov. 1996, *JCP* 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON.

intuitu personae. C'est le cas des accords d'exécution et de développement du secteur automobile dans lesquels les clauses d'intuitu personae y sont récurrentes.

La multiplicité dans les réseaux de production n'est pas la cause de l'engagement des membres. Elle est seulement le résultat de la stratégie du promoteur, le constructeur automobile, d'externaliser selon un modèle précis la fabrication. La multiplicité est par conséquent la cause de l'engagement de la tête du réseau.

Au demeurant, le réseau n'est pas seulement caractérisé par une multitude d'accords, mais également par la similarité de ces accords[1018].

2. La similarité des contrats d'entreprise de production automobile

382.- La similarité n'est pas tant due à l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce, relatif aux discriminations dans les relations professionnelles, qu'au désir du promoteur d'« *obtenir une synergie entre les efforts de chacun* »[1019].

Si c'est vrai tant dans les réseaux de distribution que dans les réseaux de production, une différence existe entre les deux quant à la cause de la similarité. Dans les réseaux de distribution, elle est le fait que la répétition des formes contractuelles permette l'établissement de standards, éléments pertinents de la stratégie de commercialisation. Peu importe le type de réseau (distribution sélective, exclusive ou franchise), l'acheteur est certain de retrouver chez tous les revendeurs du réseau les éléments qui l'attirent. Tandis que la cause de la similarité dans les réseaux de production est qu'elle permet au promoteur de faire émerger un intérêt des membres à travailler ensemble pour un projet commun, la fabrication d'un véhicule.

De fait, ce n'est pas tant la similarité des engagements qui est recherchée, mais leur complémentarité. Celle-ci s'acquiert dans les réseaux de distribution par la répartition des membres selon des critères territoriaux (répartition géographique) ou en fonction de critères quantitatifs (numerus clausus) et qualitatifs (respect des critères de sélection). Dans les réseaux de production, la complémentarité des contrats se fait par la spécialisation des productions.

Du reste, « *un réseau n'est pas un simple faisceau de contrats, mais une combinaison d'intérêts contractuels*» [1020] . De fait, identifier les éléments caractérisant le réseau n'est pas suffisant pour caractériser la nature du réseau.

[1018] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°83).

[1019] *Ibid.*

B. La nature du réseau

383.- La nature juridique du réseau est difficile à identifier. On a dit de lui qu'il était un fait juridique[1021], un ensemble contractuel[1022], une personnalité juridique, voire un bien[1023]. Dans tous les cas, il est une forme d'organisation de la production qui influence la classique organisation pyramidale. En cela, le réseau est-il un mode nouveau d'organisation (1) pyramidale (2) de la production ?

1. Un modèle organisationnel

384.- Tel le Groupement d'Intérêt Économique qui constitue une alternative libérale à l'organisation d'un groupe de société, le réseau est le résultat d'un montage contractuel. Il est caractérisé par l'interdépendance de ses membres et l'indivisibilité de l'ensemble contractuel. Il organise par conséquent les rapports entre les entreprises tout en leur laissant leur autonomie. Il n'est donc pas pleinement un système de hiérarchisation des relations caractérisé par la subordination, la supervision et la centralisation des informations. Il n'est pas non plus un marché parfait. Le réseau est une nouvelle forme d'organisation[1024] des relations, intermédiaire entre le marché et la hiérarchie[1025].

La cause de l'émergence du réseau au sein de la production automobile est le besoin des constructeurs de développer et exploiter des technologies. C'est un élément déterminant

---

[1020] D. FERRIER, « La coexistence des canaux de distribution », *At de la conc*., accessible sur *http://www.minefe.gouv.fr*.

[1021] D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°83), pt. n°619 ; Cass. Com., 11 janv. 2005, *D.* 2006, Pan. p. 516, obs. D. FERRIER.

[1022] L. AMIEL-COSME, *op. cit.* (v. note n°1012), p. 352.

[1023] B. SCHAMING, « Pourquoi la distribution sélective n'est pas condamnée… », *JCP éd.* E 1992, *Cah. dr. ent. n°*5, p. 17 : qui suggère que l'organisation mise en place à travers le réseau est l'objet d'un droit de propriété.

[1024] Le terme de « métaorganisation » est parfois utilisé : D. ETTIGOFFER et P. VAN BENEDEN, « Les modèles d'entreprises créateurs de valeur », in *Le réseau d'entreprises : forme d'organisation aboutie ou transitoire*, Village Mondial, 2000.

[1025] B. GUILHON et P. GIANFALDONI, *op. cit.* (v. note n°995): « *Les réseaux d'entreprises sont en fait tout à la fois des marchés internes et des hiérarchies externalisées, puisque les mécanismes de marché (concurrence, pouvoir de négociation, ajustement de l'offre et de la demande) y côtoient les processus hiérarchiques (subordination, supervision directe, centralisation des informations, séparation entre conception et exécution)* » ; F. FRÉRY, « L'entreprise transactionnelle », *Gérer et Comprendre*, sept. 1996, p. 66.

de la lutte concurrentielle, d'autant plus important lorsque la société a un fort besoin d'innovation technologique.

Ce type d'organisation en réseau affiche des avantages comme la souplesse dans sa composition qui peut accueillir ou voir se retirer des membres[1026]. Il se forme et se reforme en rejetant certains membres et en en faisant entrer de nouveaux à chaque nouveau projet de véhicule. Cette forme inter organisationnelle recherche à la fois l'interdépendance entre ses membres et une certaine stabilité. « *L'organisation réseau devient alors un nouvel idéal type* »[1027].

385.- Cela pose le problème des frontières du réseau[1028]. C'est un problème théorique, car l'appartenance au réseau n'a pas d'incidence pratique. Toutefois, toute entreprise entrant dans le processus de production d'un véhicule entre-t-elle nécessairement dans le réseau ? Quid si cette entreprise est un simple sous-traitant ou un fournisseur lié par un simple contrat d'exécution de cahier des charges. Ces deux types d'opérateurs n'ont aucun lien avec des entreprises autres que leur donneur d'ordre ou leur client. Elles n'ont d'ailleurs pas l'obligation de collaborer avec les membres du réseau puisque leur contrat ne prévoit pas de phase de développement. Font-elles pour autant partie du réseau ? La notion des frontières est beaucoup plus facile à cerner dans les réseaux de distribution où par exemple seuls les franchisés et le franchiseur le forment.

Du reste, si le réseau est une évolution du modèle de production automobile, son émergence a-t-elle pour autant modifié le modèle organisationnel préexistant appelé modèle pyramidal ?

2. Un modèle organisationnel pyramidal

386.- La chaîne de production automobile peut être qualifiée de réseau de production ou industriel[1029]. Un réseau industriel est un ensemble d'entreprises liées par la réalisation

[1026] I. GENIAUX et S. MIRA-BONNARDEL, « Le réseau d'entreprises : forme d'organisation aboutie ou transitoire », *Rev. fr. gest.* 2003, n° 14, p. 129.

[1027] Y.-F. LIVIAN, *Organisation*, Théories et Pratiques, 4e éd., Dunod, 2008.

[1028] A. GORGEU et R. MATHIEU, « Le partenariat entre constructeurs automobiles et équipementiers : les frontières de la firme ? », *Centre d'études de l'emploi*, mai 1994.

[1029] P. BROCARD et C. DONADA, *op. cit.* (v. note n°*942), « À présent, chaque projet de véhicule rassemble des entreprises mettant en commun des compétences pour former un réseau de partenaires ».*

d'un projet final, au bénéfice du promoteur du réseau, et qui communiquent entre elles. Effectivement, « *les besoins de coordination multidimensionnelle font exploser l'organigramme arborescent classique* »[1030]. L'ancienne pyramide organisée en trois ou quatre rangs et où chaque fournisseur n'est lié qu'à son fournisseur de rang supérieur a évolué. Deux modifications sont à noter :

- Il existe toujours une organisation pyramidale, en plusieurs strates, mais désormais chaque fournisseur tisse des liens avec des fournisseurs de même rang que le sien, ou de rangs différents. Chacun n'est plus simplement lié à son supérieur, c'est-à-dire à son client, mais à un nombre variable d'autres entreprises membres du réseau de production. Cela découle de l'intégration dans le contrat de développement de l'obligation de coopérer. Toutefois, si ces liens existent, ils ne sont pas contractuels. Deux types de liens coexistent donc, le lien contractuel liant le fournisseur à son client (fournisseur de rang supérieur ou constructeur) et des liens extracontractuels liant ce fournisseur aux autres membres de la pyramide avec lesquels des échanges d'information ont lieu.

- L'émergence d'un réseau industriel ou de production a eu pour effet de valoriser les relations entre les membres du réseau. D'une part, le constructeur automobile diminue le nombre de ses fournisseurs de rang 1, d'autre part, il s'en rapproche puisqu'il partage avec eux la responsabilité de la production des véhicules. Ce qui a pour effet d'augmenter l'état de dépendance du constructeur envers l'ensemble des membres. Le constructeur, promoteur, est donc moins puissant, notamment face aux grands équipementiers principaux de premier rang.

Malgré ces évolutions, il apparaît que le réseau ne s'oppose pas en soi au système pyramidal. Il intensifie et développe simplement les liens entre les entreprises[1031]. Il apparaît donc comme une ramification des traditionnelles chaînes de production.

[1030] T. WEIL et F. DURIEUX, « La gestion de l'innovation en réseau », Rapp. pour l'ANRT (Association Nationale pour la Recherche Technique), 30 oct. 2000.

[1031] H. SERIEUX, « Mettez du réseau dans vos pyramides », *Village Mondial*, 1996. Certains auteurs pensent que la concurrence croissante et les besoins des entreprises d'être réactifs face au marché obligent la production à être moins pyramidale et plus organisée selon le modèle du réseau.

CONCLUSION CHAPITRE 1

387.- Les accords de production automobile, qu'ils soient de fabrication ou de conception/fabrication, sont le siège de graves restrictions de concurrence empêchant les sous-traitants d'accéder aisément au marché secondaire. Toutefois, on ne peut affirmer que tous les constructeurs automobiles ont recours à ce type de pratiques, leur bonne foi étant présumée. D'autant plus, que certains d'entre eux se sont engagés à respecter certaines prescriptions élaborées par la FIEV[1032].

Les outils spécifiques et les droits intellectuels sont les deux éléments permettant aux donneurs d'ordre de restreindre la concurrence que leurs cocontractants sont susceptibles de leur faire postcontractuellement en tant qu'offreurs indépendants sur le marché secondaire.

Pourquoi ne pas alors directement restreindre l'utilisation de ces deux éléments par le preneur d'ordre dans le contrat ? Les constructeurs savent que des restrictions directes, voire indirectes, seraient interdites par l'article 101§1. Les constructeurs agissent donc là où le droit de la concurrence a du mal à systématiser les pratiques par un règlement d'exemption, c'est-à-dire dans la nature du contrat.

En stipulant que les outils spécifiques sont achetés pour le compte du donneur d'ordre ou que les résultats nés d'opérations de recherche et développement entrent directement dans son patrimoine, c'est un véritable mandat que les parties concluent. Or ce mandat a un objet ou des effets anticoncurrentiels. S'il est soumis à l'article 101§1 TFUE, il n'est toutefois pas l'objet d'un texte communautaire spécifique encadrant son utilisation.

En effet, dans l'accord de fabrication[1033], au lieu de conclure un contrat de sous-traitance (industrielle ou de marché), la partie forte (constructeur ou équipementier) impose un mandat portant sur l'achat d'un outil spécifique (moule, machine particulière…) puis un accord de sous-traitance comportant une licence portant sur l'utilisation par le preneur d'ordre de l'outil. Le régime donné aux droits intellectuels apportés par le donneur d'ordre et par le preneur d'ordre finit de restreindre l'accès des sous-traitants au marché secondaire. Ceux apportés par le donneur d'ordre sont accordés sous licence au preneur dans le cadre exclusif de la réalisation du contrat tandis que ceux apportés par le preneur font l'objet d'une licence gratuite permettant au donneur d'ordre d'avoir entre les mains tous les éléments nécessaires à

[1032] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[1033] Identifié Section 1.

la prestation. Il peut ainsi faire réaliser les produits contractuels par un autre équipementier que le sous-traitant initial.

Dans l'accord de conception/fabrication[1034], au lieu de conclure un contrat d'entreprise binaire (une phase de conception technologique suivie d'une phase de fabrication), la partie forte impose un mandat pour les opérations de R&D suivi d'un accord de sous-traitance comportant une licence d'utilisation des droits intellectuels (créés lors de la conception) permettant au preneur d'ordre de fabriquer les produits contractuels.

Or, ces mandats ont des effets anticoncurrentiels. S'ils sont soumis à l'article 101 §1 TFUE, ils ne font toutefois pas l'objet d'un texte communautaire spécifique encadrant leur exécution. Les constructeurs et équipementiers puissants profitent donc du fait qu'ils sont noyés dans la masse des accords sui generis pour ne pas être épinglés. Seuls les accords de sous-traitance font l'objet d'une réglementation communautaire spécifique.

Les donneurs d'ordre concluent donc des contrats de mandat afin de pouvoir conclure ensuite un contrat de sous-traitance respectant les règles de concurrence. Au final, l'opération est anticoncurrentielle, mais les pratiques restrictives sont peu repérées. Il est plus difficile de condamner des pratiques restrictives de concurrence dans des contrats sui generis qui sont donc difficilement systématisables que dans des contrats spéciaux.

C'est pourquoi il est nécessaire de redonner à ces contrats la qualification qui est la leur.

[1034] Identifié section 2.

CHAPITRE 2

UNE INSUFFISANCE MANIFESTÉE PAR LE CONTOURNEMENT DU RÉGIME NORMALEMENT APPLICABLE

388.- Favoriser la concurrence par les droits intellectuels suppose de conjuguer deux objectifs *a priori* opposés. L'ouverture du marché des pièces protégées par un droit intellectuel ne doit pas pour autant empêcher l'amortissement des investissements qu'ils ont nécessité. Les textes du droit de la concurrence qui traitent de ces droits intellectuels sont soucieux de cette ambivalence. La pratique de la Commission lui a permis d'élaborer des textes performants, encore faut-il qu'ils soient correctement appliqués.

Effectivement, en raison de cette multitude de sources et de la diversification des contrats, nombre de ces derniers ne sont, dès le départ, soumis au régime qui leur correspond. C'est le cas des contrats de production automobile qui, malgré leur importance économique, ne sont pas qualifiés au regard du droit communautaire de la concurrence. Ces contrats restent donc, sur le plan du droit communautaire de la concurrence, soumis à l'article 101§1.

Il appartient de préciser liminairement qu'a été écartée de l'étude la qualification d'accord de Recherche & Développement en commun résultant du règlement 2659/2000. N'ont pas été identifiés de tels accords même lorsque les apparences laissent croire à leur existence[1035].

En revanche, les accords de fourniture identifiés en matière de production automobile sont susceptibles d'être affectés à deux régimes opposés dont la distribution est organisée par

[1035] Il en est ainsi pour le système Stop &Start développé par le groupe PSA avec Valeo et Continental. Trois années de développement avec 500 ingénieurs et techniciens ont été nécessaires pour réaliser cette innovation ayant débouché sur le dépôt de 30 brevets. Le système est l'association d'un moteur HDI, d'un Stop&Start avec alternateur réversible de deuxième génération Valeo, d'un e-booster de batterie Continental et d'un système de pilotage électronique de l'alternateur développé en interne.

Illustrant la main mise du constructeur sur les innovations, une partie du capital intellectuel de ce système Stop & Start appartient à PSA. Le constructeur s'est attaché à développer en interne le système de pilotage dont il est propriétaire et qui ne sera pas disponible à l'identique pour les autres clients de l'alternateur réversible de Valeo. Même situation pour l'e-booster conçu avec Continental dont PSA est le propriétaire intellectuel : F. LAGARDE, « Le Stop&Start de deuxième génération de PSA illustre son ambition du « coup d'avance » », a*utoactu.com*, 11 juin 2010.

la communication de 1978[1036]. Soit s'applique le règlement 772/2004 relatif aux accords de transfert de technologie, soit s'applique le régime automobile découlant des règlements 330/2010 et 461/2010. L'un, protecteur des investissements intellectuels du donneur d'ordre, permet au constructeur de se réserver l'approvisionnement des distributeurs et réparateurs. L'autre, axé sur l'ouverture du marché, autorise l'approvisionnement direct des distributeurs et réparateurs par l'équipementier preneur d'ordre. Le premier s'applique lorsque l'exécution du contrat appelle le transfert de technologies du donneur d'ordre au sous-traitant, le second s'applique en l'absence de transfert.

Considérant cela, les constructeurs et les équipementiers intègrent à leurs accords un transfert de technologie factice, en recourant au mandat[1037], afin de bénéficier d'un régime plus opportun pour leurs affaires. Ce phénomène se retrouve tant dans les accords de sous-traitance de fabrication que dans les accords de sous-traitance de conception et fabrication. Le constructeur organise contractuellement un transfert de droits intellectuels au stade de la fabrication afin de se réserver le droit de limiter la production de son partenaire[1038].

Il faut relever alors dans un premier temps l'applicabilité du régime des accords de sous-traitance aux accords de production automobile (Section 1) avant de voir quel régime a vocation à s'appliquer (Section 2).

[1036] Communication de la Commission du 18 déc. 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JO n°C 001 du 03/01/1979 p. 2.

[1037] V. Partie 2, titre 2, chapitre 1.

[1038] Ce transfert porte sur le droit d'utiliser les outils spécifiques dans les accords simples de fabrication. Dans les accords de développement (conception + fabrication), le transfert porte sur le droit d'utiliser les droits intellectuels développés par le sous-traitant, mais qui sont entrés dés leur naissance dans le patrimoine du donneur d'ordre : voir chapitre précédent.

SECTION 1

L'APPLICABILITÉ DU RÉGIME DES ACCORDS DE SOUS-TRAITANCE

389.- La diversité des contrats nommés et leur distinction avec les contrats innomés soulèvent des difficultés de qualification[1039]. Pour l'application des règles d'un contrat nommé, il faut rattacher la figure contractuelle à la catégorie juridique qui lui correspond. La tâche n'est pas toujours aisée, certaines figures contractuelles sont à cheval sur différentes catégories juridiques, ce qui amène à retenir une qualification mixte[1040] ou par analogie[1041]. D'autres figures, bien que très proches d'une de ces catégories, n'y entrent pas. Par exemple, « *lorsqu'on est à proximité d'un statut contractuel impératif, par exemple ceux des baux, il se produit un phénomène d'attraction par ce dernier et la qualification en cause est attribuée de manière préférentielle aux situations voisines* »[1042].

Dès lors, les juges « *examinent, par voie de rapprochement, si la situation à qualifier présente les caractères, du moins ceux que l'on considère comme essentiels, du type dans*

[1039] La distinction des contrats nommés et des contrats innommés est prévue à l'article 1107 du Code civil qui dispose que *« les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre »*. La doctrine majoritaire souligne l'importance de cette distinction : F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005 ; A. BENABENT, *op. cit.* (v. note n°929), n°22, p. 17 ; PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, 2009.

[1040] M. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats spéciaux », *Rev. Crit*, 1904, p. 470. et la note *D.* 1912. 1. 113, sous Cass. Civ. 18 oct. 1911 : l'auteur considère le contrat d'hôtellerie comme une combinaison de louage de chose (mise à disposition de la chambre), dépôt (garde des bagages), vente (fourniture d'aliments) et louage de services (prestations de personnel).

[1041] Dans l'hypothèse où l'on ne peut pas retenir la qualification d'un contrat nommé, il est possible d'appliquer par analogie des règles de ce contrat au contrat innomé voisin. *« Les règles particulières aux divers contrats nommés ne sont applicables que par analogie aux contrats innomés »* : C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. IV, 1871, § 341, p. 287. Et l'on peut également appliquer à un aspect non réglementé d'un contrat nommé les solutions existantes sur ce point dans le régime d'un autre contrat nommé : J. HUET, *op. cit.* (v. note n°935), pt n°12. De même, il se dessine des régimes transversaux dans le droit spécial des contrats. *« Par exemple, la garantie due par les constructeurs qui vaut, uniformément, d'un contrat à l'autre, qu'il soit louage d'ouvrage (article 1792 s. C. civ), vente d'immeuble à construire (article 1646-1), ou contrat de promotion immobilière (article 1831-1) ; ou encore le principe de l'intérêt commun dans le contrat appliqué à l'agent commercial, puis aux contrats de distribution…Il s'opère, de cette manière, une sorte de nivellement ou de laminage des contrats spéciaux ».* En ce sens : G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *RIDC*, 1979, n°spécial, p. 447.

[1042] J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.* (v. note n°935), pt. n°11.

lequel il est question de la faire entrer. Les rapprochements avec d'autres figures contractuelles, concurrents potentiels dans la qualification, peuvent aider l'interprète »[1043].

390.- Afin de faire une étude complète et précise de la qualification du contrat de sous-traitance tel qu'il est identifié dans le secteur de la production automobile, il est utile de rapprocher cet accord de toutes les figures contractuelles tant françaises que communautaires dont la qualification pourrait être retenue. Il s'agit ainsi de reconnaître ce que l'accord de sous-traitance n'est pas.

Il faut par conséquent procéder dans un premier temps à une qualification négative de l'accord de production automobile (§1). Dans un second temps sera effectuée une qualification positive de ces accords au regard des textes communautaires (§2).

§1. La qualification négative des accords de sous-traitance

391.- La définition posée par la communication de 1978 de la sous-traitance englobe ce que l'on nomme classiquement sous-traitance de marché et sous-traitance industrielle[1044].

Il faut donc étudier dans un premier temps (I) les figures contractuelles qui pourraient être concurrentes des accords de sous-traitance industrielle (c'est-à-dire la sous-traitance bipartite) puis dans un second temps (II) les figures contractuelles concurrentes de la sous-traitance de marché (c'est-à-dire tripartite).

[1043] J. HUET, *op. cit.* (v. note n°935), pt. n°11.

[1044] En effet, la notion juridique communautaire de la sous-traitance est alors plus large que la notion française. Elle se confond avec la notion économique, ce qui s'explique par l'approche économique du droit communautaire de la concurrence.

I. Le rapprochement des figures contractuelles concurrentes de la sous-traitance industrielle

392.- La sous-traitance industrielle est un type de relation « *dans laquelle la réalisation d'une pièce ou d'une partie d'un produit est confiée par une entreprise à une autre, qui travaillera sous ses directives* »[1045]. Elle consiste pour une entreprise à faire appel à une ou plusieurs autres entreprises pour lui assurer la fabrication de pièces ou de produits[1046]. Dans cette sous-traitance, les termes sont différents de ceux utilisés dans la sous-traitance de marché, il n'y a que deux parties. L'une est appelée « donneur d'ordre », c'est pour son compte que l'autre, le « sous-traitant », réalise les travaux, prestations de service ou fabrication de produit. D'ailleurs, pour le Conseil économique et social, la sous-traitance est une « *opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon un certain cahier des charges pré-établi une partie des actes de production ou de service, dont elle conserve la responsabilité économique finale* »[1047].

Deux types sont classiquement distingués :

La sous-traitance industrielle conjoncturelle ou de capacité « *peut tout d'abord résulter d'une situation purement conjoncturelle. Ainsi, une pointe saisonnière des commandes, des difficultés techniques internes à l'entreprise donneuse d'ordres, la volonté d'éviter un surinvestissement qui ne serait pas amorti par les commandes nouvelles… peuvent conduire à ce type de relation contractuelle. Le donneur d'ordre est techniquement capable de réaliser la production qu'il confie à d'autres, mais il se trouve provisoirement dans l'impossibilité de la faire* »[1048]. Ce n'est pas le type de sous-traitance que l'on rencontre dans le secteur automobile.

La sous-traitance industrielle structurelle ou de spécialité « *traduit une forme d'externalisation d'une partie de l'activité incombant en principe au donneur d'ordre. Cette sous-traitance peut concerner le cœur du métier du donner d'ordre…cette sous-traitance peut*

[1045] G. VIRASSAMY, *op. cit.* (v. note n°416), n°35, p.37.

[1046] La Cour de cassation applique la loi de 1975 sur la sous-traitance de marché au secteur dit « industriel » dès lors que sont réunies les conditions posées par la loi, à savoir la conclusion consécutive d'au moins deux contrats d'entreprise ayant le même objet. Ainsi est un sous-traitant, et non un simple vendeur de pièces, le fabricant de cartes perforées commandées par une société titulaire d'une commande de circuits imprimés, cette fabrication portant sur un produit spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers du client du maître de l'ouvrage : Cass. Com., 17 mars 1998, *JCP éd. E* 1998, n°20/21, p. 781 ; *Cont. conc. consom*. 1998, comm. n°88, obs. L. LEVENEUR. La sous-traitance industrielle n'est donc pas l'apanage du secteur industriel.

[1047] Cons. éco. et soc., avis et rapp. 26 avr. 1973, p. 305.

[1048] G. VIRASSAMY, *op. cit.* (v. note n°416).

aussi concerner des services nécessaires au fonctionnement de l'entreprise du donneur d'ordre, comme la comptabilité ou le nettoyage industriel »[1049]. En matière automobile, a été relevée une stratégie d'externalisation des compétences du constructeur vers les équipementiers et des équipementiers vers des équipementiers de rang inférieur. C'est donc cette sous-traitance structurelle qui intéresse l'étude.

Au demeurant, la sous-traitance industrielle, c'est-à-dire bipartite, se rapproche d'autres contrats. Par conséquent, la qualification du contrat de sous-traitance nécessite d'évincer ces qualifications concurrentes que sont le contrat de vente (A) et le contrat de travail (B).

A. Le contrat de sous-traitance et contrat de vente

393.- Le contrat de sous-traitance ne semble pas être un contrat de vente, c'est-à-dire une convention par laquelle le fournisseur s'oblige à donner contre paiement une chose à son client. Dans un tel cas les biens étant destinés à répondre aux besoins de la clientèle la plus large possible, ils peuvent être stockés par le fournisseur ou commandés sur catalogue.

Mais une commande de fourniture peut se rapprocher du contrat d'entreprise lorsque les biens doivent être adaptés aux besoins du client. En cas d'hésitation sur la qualification du contrat, il est nécessaire de rechercher des indices traduisant sa vraie nature. On retrouve ici la difficulté de distinguer vente et entreprise, ce qui revient à distinguer vente et sous-traitance. Dans un premier temps, la jurisprudence avait estimé que n'était pas sous-traitant celui qui fournissait des matériaux sans intervenir sur le site dans leur mise en œuvre[1050]. Mais la Cour de cassation a plus tard admis qu'il peut y avoir sous-traitance pour des prestations purement intellectuelles comme des travaux d'études, ne se faisant pas sur le site. L'article 1779 du Code civil sur le louage d'ouvrage et d'industrie mentionne les prestations des « *architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés* ». La Cour de cassation en a déduit que les prestations intellectuelles ne sont pas exclues de la définition du contrat d'entreprise[1051].

[1049] G. VIRASSAMY, *op. cit.* (v. note n°416).

[1050] Cass. civ. 3ème, 18 janv. 1983, *RD imm.* 1983, p. 344, obs. PH. MALINVAUD et B. BOUBLI; *RTD civ.* 1983, p. 552, obs. PH. REMY.

[1051] Cass. civ. 3ème, 28 févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, p. 628, obs. M. PEISSE ; *RTD civ.* 1984, p. 783, obs. PH. REMY.

Il y a contrat d'entreprise, et potentiellement sous-traitance, et non contrat de vente, lorsque la commande du client porte sur des éléments spécifiques, que l'entrepreneur ne peut pas acheter auprès d'un simple fournisseur de matériaux standards, mais dont il doit confier la fabrication à une entreprise spécialisée[1052].

394.- En définitive, par un arrêt du 5 février 1985[1053] la chambre civile de la Cour de cassation a abandonné l'exigence de l'intervention sur le site. S'agissant de poutrelles métalliques fabriquées en des dimensions spécifiques qu'il était « *impossible de stocker à l'avance* », et relevant qu'elles exigeaient « *un travail spécifique en vertu d'indications particulières... destinées à un chantier déterminé* », la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu la qualification de sous-traitance en dépit du fait que le sous-traitant ne soit pas intervenu sur le chantier pour la mise en place des poutrelles. C'est donc le critère de la spécificité qui s'applique[1054].

La solution a été confirmée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation[1055] qui approuva une Cour d'appel d'avoir considéré que l'entrepreneur principal avait conclu un contrat de sous-traitance avec un constructeur « *chargé de la fourniture d'enrobés spécifiques à un chantier déterminé et comportant une mise en œuvre particulière* ». En l'espèce, la spécificité du travail avait été déduite de la prise en charge par le constructeur tant de la formule spécifique de béton à proposer après tests préalables que de la mise en œuvre du produit et des contrôles de fabrication.

En revanche, la qualification de contrat de sous-traitance doit être écartée lorsque le cocontractant d'un entrepreneur se borne à lui fournir des machines, la commande ne présentant aucune particularité et aucune indication spécifique concernant la forme, la consistance, les dimensions des machines eu égard à l'ensemble des machines commandées

[1052] Cass. civ. 3ème, 5 févr. 1985, *D.* 1986, 499, note J. HUET ; *RTD civ.* 1985, p. 737, obs. REMY : relatif à la fabrication d'armatures métalliques représentant un travail spécifique et même si l'entrepreneur n'est pas intervenu sur le chantier.

[1053] *Ibid.*

[1054] La qualité de sous-traitant doit ainsi être reconnue à la société à laquelle sont commandés des produits destinés à un ouvrage sophistiqué et qui ne sont pas compatibles avec une production en série : Cass. Com., 20 juin 1989, *D.* 1990, jurispr. p. 246, obs. G. VIRASSAMY ; il en est de même lorsque le travail, plus important et coûteux que la simple fourniture d'un matériau, ne peut être exécuté au profit d'un autre client et porte sur un produit spécifique : Cass. civ. 3ème, 19 juin 1991 ; v. également, Cass. Com., 17 mars 1998, *JCP éd. E* 1998, n°20/21, p. 781 ; *Cont. conc. consom*. 1998, comm. n°88, obs. L. LEVENEUR, relevant le caractère spécifique de pièces destinées à répondre aux besoins particuliers du maître de l'ouvrage.

[1055] Cass. civ. 3ème, 9 juin 1999, *JCP éd. E* 1999, pan. Jurispr. p. 1369.

par une société à cet entrepreneur[1056]. Inversement, la Cour de cassation a jugé que la fourniture d'éléments de menuiserie standards est un contrat de sous-traitance, dès lors que le fournisseur en a assuré également la pose[1057].

Les achats sur catalogue de produits standards ayant pratiquement disparu dans la production automobile, l'accord de sous-traitance porte nécessairement sur des produits spécifiques particulièrement conçus pour les besoins du constructeur. L'accord de sous-traitance identifié en matière automobile n'est donc pas un contrat de vente, mais un contrat d'entreprise. La distinction est fondamentale, car le contrat de sous-traitance est soumis à la communication de 1978 et au règlement 772/2004.

Outre la proximité existant entre le contrat de vente et le contrat de sous-traitance, celui est également proche de la relation naissant d'un contrat de travail.

B. Le contrat de sous-traitance et contrat de travail

395.- À l'égard des salariés de l'entrepreneur principal, le sous-traitant se caractérise par son indépendance juridique[1058]. La situation du sous-traitant est en effet caractérisée par l'exclusion de tout lien de subordination à l'égard de l'entrepreneur principal[1059].

Il convient cependant d'observer que l'indépendance juridique du sous-traitant ne signifie pas l'exclusion de toute possibilité de contrôle de la part de l'entrepreneur principal dès lors qu'elles sont techniquement réalisables, les spécifications imposées par l'entrepreneur principal à son sous-traitant doivent être respectées et la prévision d'un contrôle n'est pas exclusive de la qualification de sous-traitance[1060]. Aussi est-il permis à l'entrepreneur

[1056] Cass. Com., 1er oct. 1991, *D.* 1991, p. 244 ; *JCP éd. E* 1991, pan. jurispr. p. 1305 ; *Gaz. Pal.* 12 avr. 1992, 1, somm.

[1057] Cass. civ. 3e, 31 janv. 1996.

[1058] Son indépendance économique est cependant moins évidente.

[1059] Il en résulte par exemple qu'un contrat de sous-traitance ne peut donner lieu à assujettissement à la sécurité sociale Cass. Soc. 30 nov. 1983 et Cass. Soc. 14 nov. 1984. Cependant, une exception existe. L'article L. 125-2 du Code du travail dispose que lorsque le sous-traitant n'est ni inscrit au registre du commerce, ni immatriculé au répertoire des métiers, ni propriétaire d'un fonds de commerce, les travaux exécutés dans les locaux de l'entrepreneur principal donnent lieu, en cas de défaillance du sous-traitant, à une garantie de paiement des salaires et des congés payés ainsi que des cotisations sociales au profit des employés du sous-traitant et à la charge de l'entrepreneur principal. Si les travaux sont exécutés hors des locaux de l'entrepreneur principal, celui-ci ne répond des salaires, congés payés et cotisations de sécurité sociale que si son nom figure sur l'affiche apposée conformément à l'article R. 125-1 du Code du travail dans les locaux du sous-entrepreneur.

[1060] Cass. civ. 3ème, 17 févr. 1982.

principal d'imposer au sous-traitant ses directives dans un cahier des charges[1061] ou de se réserver le contrôle de la fabrication[1062]. Ainsi, la qualification de contrat de travail ne peut être retenue, car « *le preneur d'ordres reste libre de ses horaires de travail et le cas échéant du lieu où celui-ci doit s'effectuer. Sans doute, peut-on parler de subordination, mais elle est professionnelle et non point juridique* »[1063].

Dans le contrat de production automobile, l'entreprise exécutant reste indépendante juridiquement bien qu'elle puisse être économiquement dépendante de son partenaire. Cet accord n'est donc pas un contrat de travail.

Après avoir identifié et rejeté certaines qualifications potentiellement opérables de l'accord de sous-traitance industrielle, il est temps de rapprocher la sous-traitance de marché des figures contractuelles qui lui sont concurrentes.

II. Le rapprochement avec les figures contractuelles concurrentes de la sous-traitance de marché

396.- On appelle « sous-traitance de marché » le fait pour un entrepreneur de faire exécuter par un autre un travail qu'il a pris en charge en s'engageant dans un contrat d'entreprise. Pour ce faire, l'entrepreneur conclut un second contrat d'entreprise appelé sous-contrat[1064].

Classiquement, dans la sous-traitance de marché, est nommée « maître d'ouvrage » la partie pour laquelle les contrats sont conclus, c'est-à-dire la partie bénéficiaire. Est alors nommée « entrepreneur principal » la partie prenant en charge la réalisation du projet contractuel. La partie « sous-traitante » est ainsi le contractant de rang 2 qui est en relation avec l'entrepreneur principal et à qui tout ou partie du contrat principal a été confié. Dans ce cas, l'entrepreneur joue à l'égard du sous-traitant le rôle du maître de l'ouvrage[1065]. Ce type de sous-traitance est fréquent dans le secteur du bâtiment, mais il peut être appliqué dans tous les autres secteurs[1066], notamment dans le secteur automobile.

[1061] Cass. civ. 3ème, 19 juin 1991.

[1062] *Ibid.*

[1063] G. VIRASSAMY, *op. cit.* (v. note n°416).

[1064] J. HUET, *op. cit.* (v. note n°935), § 32323 ; C'est ce deuxième type de sous-traitance qui est soumise à la loi du 31 déc. 1975.

[1065] V. notamment Cass. civ. 3ème, 18 avr. 1972.

[1066] B. SABLIER, J.-E. CARO, S. ABBATUCCI, *op. cit.* (v. note 935), p. 37.

Sur le plan juridique, il s'agit d'une relation tripartite caractérisée par l'existence de deux contrats d'entreprise successifs. Le contrat de sous-traitance dans son acception juridique est donc nécessairement un contrat d'entreprise ou louage d'ouvrage[1067]. Le second marché, le marché sous-traité, est considéré comme un démembrement du premier. Cette forme de sous-traitance est nécessairement postérieure à la conclusion du contrat principal. Elle va faire naître une relation triangulaire qui peut même se compliquer en cas de sous-traitance en chaîne. Par ailleurs, dans le contrat de sous-traitance de marché, le contrat principal peut être un contrat de sous-traitance industrielle.

Les contrats de production automobiles identifiés dans le chapitre précédent lient soit les constructeurs avec les équipementiers soit les équipementiers entre eux. Dans cette seconde hypothèse, la sous-traitance de marché existe puisque le contrat fait suite à un marché principal conclu entre le constructeur et un équipementier. Il y a donc une chaîne de contrats.

Au demeurant, il existe de nombreux contrats susceptibles d'assimilation aux accords de sous-traitance de marché. Mettons-le alors en concurrence avec le contrat de cotraitance (A), la substitution de contractant (B), la succession de contrats de même nature (C) et le contrat accessoire (D).

A. Contrat de sous-traitance et cotraitance

397.- La cotraitance est une opération par laquelle plusieurs entreprises se groupent pendant une certaine durée pour exécuter un travail en commun.

La distinction entre l'accord de sous-traitance et l'accord de sous cotraitance se fait au niveau du lien existant entre le maître de l'ouvrage et la troisième partie. Dans une relation de sous-traitance, le sous-traitant et le maître de l'ouvrage ont une relation extracontractuelle (le lien contractuel étant avec l'entrepreneur principal) tandis qu'il existe un lien contractuel entre les cotraitants et le maître de l'ouvrage. Ce lien n'existe pas dans le contrat de production automobile. L'exécutant n'est lié qu'à son client direct et cela ne constitue pas une association dans l'exécution d'un marché principal[1068].

[1067] J. GHESTIN, « Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance », *RTD com.* 1981, p. 1.

[1068] Rappelons à ce propos que les accords d'exécution ne contiennent pas de clauses obligeant l'exécutant à coopérer avec les autres fournisseurs.

B. Contrat de sous-traitance et substitution de contractant

398.- Dans le cas de la substitution (ou cession de contrat), il y a remplacement dans la relation contractuelle d'un des contractants par un tiers. C'est une cession de position contractuelle. Le nouveau contractant reprend les aspects passifs et actifs de l'ancien. Le contrat de production automobile, quant à lui, conduit à une adjonction de contractant. Les deux parties restent débitrices de leur relation, mais un second contrat d'entreprise juridiquement distinct du premier conclu par l'une des parties avec un tiers s'ajoute[1069].

Dans la cession de contrat, le cédant vise sa propre sortie du contrat (qui nécessite l'accord du cocontractant[1070]) alors que par le sous-contrat il s'octroie une aide pour son exécution (l'agrément n'étant normalement pas nécessaire sauf disposition contraire).

L'accord de production automobile n'organisant pas une telle sortie par un contractant de sa position contractuelle, il n'est pas une forme de substitution de contractant. Son régime est alors celui résultant du contrat nouveau et non pas celui du contrat principal.

C. Contrat de sous-traitance et succession de contrats de même nature

399.- Le sous-contrat assure la totalité ou une partie de l'exécution du contrat principal. Ainsi, si deux contrats sont indépendants parce que la conclusion du second ne peut se faire que parce que l'effet du premier s'est réalisé, le second contrat n'est pas un sous-contrat[1071].

De plus, même en cas de sous-traitance, le second contrat n'a pas à être le clone du premier. La prestation exécutée peut différer dans le deuxième de celle exécutée dans le premier[1072].

[1069] Mais lorsqu'un texte prévoit que le contractant intermédiaire est libéré, on peut en déduire que le second contrat n'est pas un sous-contrat, mais plutôt la cession d'une position contractuelle.

[1070] Article 1690 du Code civil.

[1071] D. MAINGUY, *La revente*, Litec, 1996 : il y a une succession de contrats de vente et non la conclusion d'un sous-contrat. Le second acquéreur acquiert la propriété du premier acquéreur et non du vendeur d'origine.

[1072] P. ex.: le contrat principal prévoit la fabrication du cockpit d'une voiture tandis que le second contrat stipule seulement la réalisation des selleries. L'objet du sous-contrat peut donc être réduit par rapport à l'objet du contrat principal. De même, la nature juridique même du sous-contrat n'est pas toujours identique. Il est possible que le contrat principal soit onéreux et le sous-contrat gratuit ou que le premier soit commercial et le second civil. Ou encore le premier public (marché public) et le second privé (recours à des contrats de sous-traitance privés).

D. Contrat de sous-traitance et contrat accessoire[1073]

400.- Le contrat accessoire est destiné à faciliter ou améliorer l'exécution du contrat principal. Pourtant, tous les contrats accessoires ne sont pas des sous-contrats. Il faut pour cela qu'il existe un lien direct entre la prestation du contrat principal et la prestation du sous-contrat. D'ailleurs, si le contrat accessoire peut être conclu entre les mêmes parties que celles au contrat principal, le sous-contrat ne peut être conclu qu'entre une de ces parties et un tiers.

Par exemple, l'équipementier qui demande à un fournisseur de lui produire des pièces dans le contrat principal peut dans un contrat accessoire lui louer un local à proximité de son usine afin de lui permettre de réaliser le contrat, notamment en cas de production « juste à temps »[1074].

Par conséquent, l'ensemble formé par les contrats accessoires contient une part pouvant également être qualifiée de sous-contrat dès lors que ceux-ci réalisent une fraction de la prestation du contrat principal. « *La sous-traitance est un contrat accessoire, dépendant du contrat principal dont elle a pour objet d'assurer l'exécution. Dans ces conditions, il est inéluctable qu'elle vient à s'éteindre si le contrat principal est anéanti, pour une raison ou une autre, annulation ou résolution* »[1075].

Après avoir rejeté les qualifications potentielles de l'accord d'exécution, il est opportun de vérifier qu'il se rattache positivement à la catégorie des accords de sous-traitance.

§2. La qualification positive des accords de sous-traitance

401.- Les États membres de l'Union européenne n'ont pas réellement adopté une définition unique de la sous-traitance. La Commission estime que « *néanmoins, en partant du principe que la sous-traitance caractérise un type de relations entre entreprises, on peut considérer que l'on se trouve en présence d'une relation de sous-traitance chaque fois qu'une entreprise (le sous-traitant) intervient pour le compte d'une autre entreprise (le donneur d'ordre) dans le processus d'élaboration et de réalisation d'un produit spécifique, sur la base*

[1073] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé, Étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »,* th., Nancy, LGDJ, 1969 : selon lequel l'accessoire peut être composé d'une fraction du principal

[1074] R. BONHOMME, *op. cit.* (v. note n°935).

[1075] J. HUET, *op. cit.* (v. note n°935), n°32326, p. 1424.

de plans et spécifications techniques fournis par le donneur d'ordre, la responsabilité économique finale restant à ce dernier »[1076].

Il faut comprendre que ni la communication de 1978 ni le règlement 772/2004 n'ont de force obligatoire[1077]. Toutefois, la ligne de conduite que ces textes précisent apparaît incontournable. Il faut préciser alors les champs d'application de la communication de 1978 (I) et du règlement 772/2004 (II).

I. L'applicabilité de la communication de 1978

402.- « *La Commission considère que les contrats, consécutifs ou non à une commande d'un tiers, en vertu desquels une entreprise, le « donneur d'ordre », charge, suivant ses directives, une autre entreprise, le « sous-traitant », de la fabrication de produits, de la prestation de services ou de l'exécution de travaux qui sont destinés à être fournis au donneur d'ordre ou exécutés pour son compte, ne sont pas visés en tant que tels par l'interdiction édictée à l'article 85 paragraphe 1* »[1078].

Deux points de cette définition sont à préciser. D'une part, le contrat de sous-traitance n'est pas nécessairement « *consécutif à la commande d'un tiers* » (A). D'autre part, l'objet du contrat de sous-traitance peut être de toutes sortes (B).

A. Une chaîne de contrat non obligatoire

403.- Les contrats de sous-traitance peuvent être « *consécutifs ou non à la commande d'un tiers* ». Cela signifie par conséquent que la définition de la sous-traitance de la Commission est large et qu'elle englobe la sous-traitance de marché[1079] (qui nécessite la commande d'un tiers et donc une chaîne de contrat) et la sous-traitance industrielle (dans laquelle la chaîne de contrat n'est pas nécessaire), notions connues du droit français.

[1076] Communication relative au « développement de la sous-traitance dans la communauté », COM (89) 402 final, 7 août 1989, p. 2.

[1077] CJCE, 18 déc. 1986*, VAG MAGNE c/ Commission.*

[1078] Communication de la Commission du 18 déc. 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JO n°C 001 du 03 janv. 1979, p. 0002.

[1079] F. MODERNE, *La sous-traitance des marchés publics*, Dalloz, 1995, n°183 p. 103 ; B. SABLIER, J.-E. CARO et S. ABBATUCCI, *op. cit.* (v. note 935), p. 43.

Il s'agit alors de confronter cette caractéristique au droit français (1) avant de préciser les conséquences de la chaîne de contrat (2).

1. La notion de sous-traitance en droit français

404.- En droit français la sous-traitance industrielle reste soumise au droit commun des contrats. Elle ne constitue pas une forme contractuelle spéciale, mais fait partie de la catégorie juridique des contrats d'entreprise. Ce n'est pas une figure contractuelle originale puisqu'elle n'est pas caractérisée par un enchaînement contractuel.

Au contraire, la sous-traitance de marché suit un régime spécifique puisqu'elle est soumise à une loi n°75-1334 du 31 décembre 1975. « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* »[1080]. Cette[1081] définition implique le concours d'au moins trois personnes et la conclusion consécutive d'au moins deux entreprises.

Ce principe d'enchaînement de deux contrats est essentiel. L'idée même de sous-traitance comporte un ordre dans lequel apparaît en première ligne le marché principal, et en seconde ligne le sous-traité. Tant que le marché principal n'est pas conclu, le sous-traité n'existe pas ou reste conditionnel. Il y a seulement, le cas échéant, une convention entre deux parties qui s'engagent dans l'hypothèse du marché principal. Le contrat principal précède le sous-contrat, il est sa cause[1082].

Il apparaît donc qu'au sens du droit français, la seule sous-traitance que l'on puisse rencontrer dans le secteur automobile ne lie pas le constructeur automobile et un équipementier. Il ne peut que lier l'équipementier et un fournisseur de rang inférieur. Le marché principal étant le contrat conclu entre le constructeur et l'équipementier.

Quelle conséquence l'existence d'une chaîne de contrat a-t-elle alors sur le régime de l'accord ?

[1080] Article 1er de la loi de 1975 sur la sous-traitance.

[1081] Cass. Ch. Mixte 18 juin 1982 ; Cass. civ. 3ème, 12 juill. 1989 ; Cass. civ. 3ème, 27 sept. 2005.

[1082] En pratique la chronologie peut être inversée et il arrive que la conclusion de sous-contrats précède la conclusion du contrat principal. Toutefois, une condition suspensive relative à la conclusion de ce dernier est toujours intégrée à l'acte.

2. Les effets de la sous-traitance en chaîne

405.- En matière de sous-traitance industrielle, l'existence d'une chaîne de contrats n'est pas impossible. À moins d'être imprégnée d'un fort intuitu personae, une partie au contrat peut faire exécuter sa prestation par un sous-traitant[1083]. Il est classiquement reconnu la possibilité pour le fournisseur de sous-traiter tout ou partie de ses obligations après accord préalable, exprès et écrit du constructeur sur l'identité du sous-traitant. Lesdits sous-traitants sont alors assujettis aux mêmes règles que le fournisseur en ce qui concerne la confidentialité et l'utilisation des droits de propriété intellectuelle. Le contrat d'entreprise conclu entre l'équipementier et le constructeur automobile étant imprégné d'intuitu personae, ceux des sous-traitants qui ne sont pas présentés et acceptés expressément par le constructeur sont considérés comme non acceptés[1084].

Ce type de clause est donc fréquent : « *L'entrepreneur X qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit (...) faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage Y* ». Initialement voué à avertir ce dernier de l'exécution du marché par un tiers, l'agrément a d'autres effets. Soit-il « *établit des relations entre des partenaires qui normalement devraient juridiquement s'ignorer* »[1085]. Soit, il octroie au donneur d'ordre un pouvoir relatif sur le choix du sous-traitant. Il « *doit être exprès ou implicite, mais résultant alors non d'un simple silence ni même d'une tolérance purement passive, mais d'actes du maître impliquant nécessairement son consentement à la personne du sous-traitant et aux conditions du sous-traité* »[1086]. L'agrément entraînerait donc une immixtion du maître de l'ouvrage dans le contrat de sous-traitance, constituant une entorse au principe de l'effet relatif des contrats[1087]. Cela conduirait à décider qu'entre le donneur d'ordre et le substitut

---

[1083] L'article 1er de la loi du 31 déc. 1975 définit la sous-traitance comme *« l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et, sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »*. Il est alors créé une chaîne de contrats d'entreprises, d'une part le contrat d'entreprise original ou principal, d'autre part le contrat d'entreprise de sous-traitance.

[1084] En revanche, il est fréquent que le constructeur automobile impose au fournisseur certains partenaires. Ainsi, il est parfois prévu dans les conditions générales que le fournisseur s'engage à reconnaître tout fournisseur ou sous-traitant recommandé par le constructeur comme étant son partenaire pour l'exécution de la commande.

[1085] C.-H. CHENUT, *op. cit.* (v. note n°954), pt. n°426 ; certains auteurs y voient un facteur de la dégénérescence du contrat de sous-traitance en contrat de cotraitance : J. NERET, *op. cit.* (v. note n°940), n°84 p. 73.

[1086] A. BENABENT, *op. cit.* (v. note n°953).

[1087] F. MODERNE, *La sous-traitance des marchés publics,* Dalloz, 1995, n°183 p. 103.

existent désormais des rapports contractuels[1088], la structure du sous-contrat évoluant vers celle du cocontrat.

La doctrine dominante et la jurisprudence ne vont toutefois pas dans ce sens[1089]. En effet, « *seul un consentement véritable permet de caractériser un contrat conjonctif* »[1090] , ce qui n'est pas le cas en l'espèce[1091].

406.- En cas de sous-traitance autorisée, le fournisseur reste seul responsable vis-à-vis du constructeur et se porte garant du respect des stipulations des conditions générales par les sous-traitants concernés. Les contrats que le fournisseur signe avec des sous-traitants ne peuvent l'exonérer de ses obligations lui incombant au titre du contrat principal sauf si leur non-respect est consécutif à une intervention du constructeur.

Le constructeur peut alors fournir au sous-traitant les licences concernant l'utilisation de droits de propriété industrielle nécessaires à cette réalisation qu'il a lui-même déposés ou bien acquis. En outre, les cocontractants (fournisseur et sous-traitant) sont susceptibles de développer un nouveau savoir-faire et d'acquérir de nouveaux droits de propriété industrielle au cours de leur relation. Par conséquent, il importe que les parties s'accordent sur leurs droits respectifs d'utilisation et sur leurs obligations en matière de protection de ce savoir-faire confidentiel et de ces droits de propriété industrielle.

Outre l'existence possible d'une chaîne de contrat, la définition du contrat de sous-traitance laisse apparaître une grande liberté quant à l'objet de l'accord.

B. Un objet large

407.- Le contrat de sous-traitance est un accord d'exécution simple. Le donneur d'ordre charge le sous-traitant « suivant ses directives ». Cela renvoie soit à un cahier des charges précis soit à de simples orientations stylistiques ou fonctionnelles. La notion est également large dans le sens où il peut s'agir « *de la fabrication de produits, de la prestation de services ou de l'exécution de travaux* », donc de toute sorte de prestation. Il faut entendre

[1088] Cass. Civ. 3ème, 11 juin 1976, note G. DURRY, *RTD civ.* 1977 p. 137.

[1089] CE., 11 juill. 1988, Chambre des métiers d'Ille-et-Vilaine, *Gaz. Pal.* 1989. I, som. p. 251 ; B. SABLIER, J.-E. CARO et S. ABBATUCCI, *op. cit.* (v. note 935), p. 43.

[1090] R. CABRILLAC, *op. cit.* (v. note n°1004), n°158 p. 81.

[1091] J.-F. DEVAUX, « Le point sur la nature de la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage ». *P. Aff.* 30 juin 1997, p. 23.

par fabrication d'un produit la production d'un bien qui sera ensuite fourni au donneur d'ordre.

Concomitamment à la communication de 1978, un autre texte a vocation à s'appliquer aux accords de sous-traitance, il s'agit du règlement 772/2004.

II. L'applicabilité du règlement 772/2004

408.- Toutes les qualifications du droit communautaire de la concurrence doivent être envisagées afin de déterminer si le contrat, selon la forme que les parties lui donnent, est un contrat nommé ou bien s'il faut lui appliquer les règles générales du droit de la concurrence.

Toutefois, certaines qualifications peuvent être rapidement exclues. C'est le cas de la qualification de contrat de recherche et développement en commun [1092] qui ne pourrait s'appliquer qu'à la condition de reconnaître le caractère commun de l'activité de recherche et développement lorsqu'une partie participe uniquement sur le plan financier. Mais ce n'est pas l'esprit du texte qui au contraire précise les conditions dans lesquelles une activité de recherche et développement est réalisée en commun[1093].

En ce qui concerne l'application à l'accord de développement unilatéral de fourniture du règlement 2658/2000[1094] relatif aux accords de spécialisation, elle doit être exclue, car dans le secteur automobile les parties à cet accord ne sont pas des concurrents[1095] , alors que c'est une condition d'application du texte.

Quant à l'application du règlement 772/2004[1096], elle semble possible puisque, si l'on s'en tient à l'analyse juridique du contrat, les droits détenus par le constructeur automobile

[1092] Règlement nº 2659/2000 de la Commission du 29 nov. 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, JO n°L 304 du 5 déc. 2000.

[1093] C'est le cas lorsque *« les tâches y afférentes sont: a) exécutées par une équipe, une organisation ou une entreprise commune ; b) confiées en commun à un tiers, ou c) réparties entre les parties en fonction d'une spécialisation dans la recherche, le développement, la production ou la distribution »*.

[1094] Règlement n°2658/2000 de la Commission du 29 nov. 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, JO n°L 304/3 du 5 déc. 2000.

[1095] Considérant n°(10) du règlement 2658/2000 : *« Comme les accords de spécialisation unilatérale conclus entre entreprises non concurrentes sont susceptibles de bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n°2790/1999 de la Commission (...) l'application du présent règlement aux accords de spécialisation unilatérale doit être limitée aux accords entre concurrents »*.

[1096] Règlement n°772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accord de transfert de technologie, journal officiel n°L 123/11 du 27.4.2004, Considérant n°(1). Il est entré en vigueur le 1er mai 2004, c'est-à-dire en même temps que les

(ceux créés par le fournisseur, mais qui sont rentrés dés leur naissance dans le patrimoine du constructeur) sont transmis au fournisseur afin que celui-ci puisse fabriquer les produits contractuels et les lui fournir. Sans cette transmission, le fournisseur n'aurait pas le droit de fabriquer les produits sous peine d'être qualifié de contrefacteur. Il faut donc étudier plus précisément les conditions de l'application de ce règlement afin de déterminer si le contrat les satisfait.

409.- Les autorités communautaires ont rapidement admis que les accords de licence de brevet étaient soumis à l'article 101 CE[1097] du fait que certaines clauses portent atteinte à la concurrence. Elle a alors identifié par une communication du 24 décembre 1962 [1098] les clauses qui n'y portaient apparemment pas atteinte, puis elle a précisé sa position au travers de nombreuses décisions [1099] avant qu'un important arrêt de la CJCE énonce un certain nombre de solutions[1100]. La Commission a ensuite élaboré des règlements d'exemption, un relatif aux accords de licences de brevet[1101], l'autre relatif aux contrats sur les savoir-faire[1102]. Puis, la logique a permis à ces deux textes de n'en faire plus qu'un au sein du règlement d'exemption 240/96[1103], remplacé par le règlement 772/2004[1104], lui-même complété par une

règlements n°1-2003 du 16 déc. 2002 relatif aux règles d'application des articles 81 et 82 du Traité (JOUE n°L1, 4 janv. 2003) et le règlement n°139-2004 du 20 janv. 2004 sur les coopérations (JOUE n°L24, 29 janv. 2004) ; la réforme du règlement n°240/96 du 31 janv. 1996 que le règlement 772/2004 remplace, a été précédé par une large consultation ayant abouti à la publication d'un rapport d'évaluation (COM(2001) 786 final, 20 déc. 2001, disponible sur le site *www.europa.eu*). Ce rapport mettait en lumière la nécessité d'adapter le règlement afin d'en assurer la cohérence avec les nouvelles exemptions par catégorie adoptées en faveur des accords de distribution, ainsi que des accords de recherche et de développement et des accords de spécialisation qui se fondent sur une approche plus économique. Ce rapport a également été accompagné d'un projet de règlement et de lignes directrices (JOUE n°C 235, 1er oct. 2003). La Commission a également, en réponse aux commentaires qu'elle a reçus, amendé les textes initiaux (M. Monti, discours prononcé le 16 janv. 2004 à l'école des Mines de Paris, disponible sur le site *www.europa.eu*).

[1097] L. JAUME, « Accords de licence et règles de concurrence », *Rev. Marché Commun,* 1972, p. 674.

[1098] Communication du 24 déc. 1962, JOCE 24 déc. n° C 139.

[1099] L. BOIX-ALONSO, « L'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie », *At. de la conc.* 10 déc. 2003 ; J. AZEMA, « Application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE à des accords de transfert de technologie », *Lamy dr. com.*, juill. 2004, n°168, p. 1.

[1100] CJCE, 8 juin 1982, *NUNGESSER EISELE*, *Rec.* CJCE p. 2015 ; J.-J. BURST et R. KOVAR, « Droit de propriété industrielle et droit de la concurrence : d'utiles précisions données par la Cour de justice des Communautés européennes », *Gaz. Pal.* 1983, 2, doct., p. 407.

[1101] Ce fut le règlement de la Commission n° 2349/84 du 23 juill. 1984, JOCE 16 août, n° L 219 et rect., JOCE 26 avril 1985, n° L 113, modifié par le règlement de la Commission n° 151-93 du 23 déc. 1992, JOCE 29 janv. 1993, n° L 21.

[1102] Règlement n° 556/89 du 30 nov. 1988, JOCE 4 mars 1989, n° L 61, modifié par le règlement n° 151/93, 23 déc. 1992, JOCE 29 janv. 1993, n° L 21.

[1103] Règlement n°240/96 de la Commission, du 31 janv. 1996, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie JO *n°L 031 du 09/02/1996 p. 2.*

communication de la Commission, intitulée « *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du Traité CE aux accords de transfert de technologie* »[1105].

Le règlement n° 772/2004, abandonne la méthode consistant à dresser la liste des clauses permises, elles-mêmes rangées en deux catégories : les clauses non restrictives de concurrence et les clauses exemptées. Dans une approche économique, il y substitue un principe d'exemption fondé sur les parts de marché des parties à l'accord. Cela permet de présumer que l'accord remplit les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, lorsque les seuils ne sont pas dépassés[1106]. C'est le changement le plus important de ce règlement vis-à-vis de ses prédécesseurs.

Ce principe d'exemption est fondé sur l'observation[1107] selon laquelle les accords de transferts de technologie « améliorent généralement l'efficience économique et favorisent la concurrence dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des technologies et susciter de la concurrence sur les marchés de produits ». Les lignes directrices rappellent, que pour le calcul des parts de marché, il faut tenir compte de la concurrence inter technologique (c'est-à-dire la concurrence entre des entreprises utilisant des technologies concurrentes) et de la concurrence intra technologique (c'est-à-dire la concurrence entre les entreprises utilisant la même technologie). Le considérant (6) du règlement rappelle alors que « *la probabilité que ces effets favorables à l'efficience et à la concurrence l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords de transfert de technologie dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, de la mesure dans laquelle elles sont confrontées à la concurrence d'entreprises détenant des technologies de substitution ou d'entreprises fabriquant des produits de substitution* ».

410.- Il est par conséquent intéressant, afin de déterminer si le champ d'application du règlement 772/2004 englobe les accords de développement unilatéral de fourniture en matière automobile, d'étudier dans un premier temps les conditions d'application relatives

---

[1104] Règlement n° 772/2004 du 7 avril 2004, JOUE 27 avril, n° L 123, et rectificatif JOUE 29 avril, n° L 127 ; v. J. AZEMA, *op. cit.* (v. note n°1099).

[1105] « Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du Traité CE aux accords de transfert de technologie » : Comm. CE, JOUE 27 avr. 2004, n° C 101, n°67.

[1106] Article 2 et 3 du règlement n°772/2004.

[1107] *Ibid.*, article 5.

aux parties à l'accord (A) puis dans un second temps les conditions relatives à l'objet de l'accord (B).

411.- Liminairement, il faut toutefois faire une remarque. Tous les accords de transfert de technologie ne sont pas soumis au règlement 772/2004. L'applicabilité de ce texte est subordonnée au fait que l'accord restreigne la concurrence à l'intérieur du Marché commun et qu'il affecte le commerce entre États membres. De fait, les accords ne produisant par leur effet anticoncurrentiel à l'intérieur du marché commun et les accords purement nationaux, dont les effets anticoncurrentiels sont contenus au territoire d'un unique état membre, ne sont pas concernés.

Cependant, certains accords conclus pour des territoires non communautaires produisent parfois des effets intracommunautaires. L'article 101 doit leur être applicable[1108]. De même, les accords purement nationaux qui ont des effets sur le commerce intracommunautaire doivent y être également soumis[1109].

Or, les accords de production automobile, même purement nationaux, ont nécessairement des effets sur le commerce intracommunautaire en raison de la dimension européenne de l'industrie automobile. L'étude considérera par conséquent que les accords de développement unilatéral de fournitures remplissent les conditions de parts de marché nécessaires à leur soumission à l'accord 772/2004.

A. Les conditions relatives aux parties à l'accord

412.- Pour être couverts par l'exemption par catégorie, les accords de transfert de technologie doivent être conclus entre deux parties seulement, concurrentes ou non (1). Les

[1108] CJCE, 16 déc. 1975, *SULKER UNIE*, *Rec.* CJCE, p. 1663.

[1109] La CJCE a admis qu'un tel accord purement national (contrat de distribution exclusive et d'approvisionnement exclusif) puisse bénéficier d'une exemption automatique s'il a des effets sur le commerce intracommunautaire : CJCE, 3 févr. 1976, *FONDERIES ROUBAIX* c/ *ROUBAIX WATTRELOS*, *Rec.* CJCE, p. 111, pour un accord de distribution exclusive ; CJCE, 1er févr. 1977, *DE NORRE* c/ *CONCORDIA*, *Rec.* CJCE, p. 65, pour un contrat de bière ; les règlements antérieurs énonçaient l'existence de ce particularisme, mais le règlement 772/2004 n'en fait pas mention. La solution ne doit pas pour autant être rejetée : V.-J. AZEMA, « L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur l'exploitation des inventions », *Lamy dr. com.*, 2009, p. 2050.

parts de marché de ces entreprises ne doivent cependant pas dépasser un certain seuil sous peine de ne pas pouvoir bénéficier de l'exemption par catégorie[1110] (2).

1. La qualité des parties

413.- Le règlement 772/2004 ne s'applique qu'aux accords dont les parties respectent certaines conditions relatives à leur nombre (a) et à leur situation de concurrence (b).

a) Le nombre de parties

414.- La base juridique du règlement n°772/2004 étant le règlement n°19/65/CEE du Conseil, la Commission n'est autorisée à appliquer par voie de règlement l'article 101, paragraphe 3 du traité qu'à des catégories d'accords de transfert de technologie auxquels ne participent que deux entreprises[1111], et ce, même si le contrat impose au preneur de licence l'obligation de mettre en place un système de distribution et définit les obligations que le preneur devra imposer aux revendeurs[1112]. Toutefois, les termes « entreprise », « donneur de licence » et « preneur de licence » englobent les entreprises qui leur sont liées. Ainsi, un accord entre deux entreprises peut dans les faits en rassembler plus de deux. Une entreprise est liée au donneur ou au preneur si elle est contrôlée par lui. Cette notion figure dans tous les règlements d'exemption par catégorie[1113].

De même, le titulaire de brevets parallèles peut conclure avec des partenaires différents pour des territoires différents, il suffit pour cela de conclure des accords distincts dans lesquels il n'y aura que deux parties.

En ce qui concerne les accords de production automobile, ceux-ci sont conclus entre deux entreprises, soit entre le constructeur et un équipementier, soit entre deux équipementiers.

[1110] S. POILLOT-PERUZZETTO, « Nouvelles règles en matière d'accord de transfert de technologie », *Cont. conc. consom*. 2004, p. 23 ; R. KOVAR, « Accord de transfert de technologie, Règlement n°772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 », *J-Cl.* Brevets, 9 févr. 2005, 02, 2006.

[1111] Règlement n°772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, JO n°L 123/11 du 27.4.2004, Considérant n°(1).

[1112] *Ibid.,* Considérant n°(19).

[1113] *Ibid.,* Article 1er, 2.

Au demeurant, le nombre n'est pas le seul critère d'application du règlement 772/2004 relatif à la qualité des parties, leur situation de concurrence est également à prendre en compte.

b) La concurrence entre les parties

415.- Les parties à un accord de transfert de technologie bénéficiant de l'exemption par catégorie peuvent être des entreprises qui ne sont pas en concurrence ou des entreprises concurrentes[1114]. Le rapport de concurrence entre les parties s'apprécie tant sur le marché des technologies en cause (technologie objet du transfert) que sur celui des produits en cause (produits fabriqués). Donc dans tous les cas les contrats de production automobile remplissent cette condition de concurrence.

Ces technologies sont celles que le preneur de licence considère comme interchangeables avec la technologie concédée ou substituable à cette technologie en raison de ses caractéristiques, des redevances exigées pour leur transfert et de l'usage auquel elles sont destinées[1115].

Sont concurrentes sur le marché de produits en cause les entreprises qui sont présentes sur le marché de produits et les marchés géographiques sur lesquels les produits contractuels sont vendus préalablement à la conclusion de l'accord de transfert de technologie.

Outre cette concurrence réelle, le règlement d'exemption 772/2004 fait référence à la concurrence potentielle. « *Sont des concurrents potentiels, les entreprises qui sont prêtes à consentir les investissements supplémentaires nécessaires pour prendre pied, en temps voulu, sur les marchés de produits et les marchés géographiques en cause en conséquence d'une augmentation légère, mais durable, des prix relatifs. Le marché des produits en cause couvre des produits que les acheteurs estiment interchangeables avec les produits contractuels ou substituables à ces produits en considération de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »[1116].

Outre la qualité des parties, il faut prendre en compte pour l'application du règlement 772/2004 les parts dont les parties disposent sur le marché en cause.

[1114] *Ibid.,* Article 1. §1, j). Dans ce cas, l'accord est soumis à des exigences plus rigoureuses que celles concernant les accords entre des parties qui ne sont pas concurrentes.

[1115] *Ibid.,* Article 1. §1, j) i).

[1116] *Ibid*., Article 1. §1, j) ii).

2. Accord entre des entreprises disposant de parts de marché limitées

416.- La Commission fait valoir que le bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par ce règlement doit être limitée aux accords qui autorisent à présumer avec suffisamment de certitude qu'ils satisfont aux conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3. Cette préoccupation l'amène à fixer des seuils de parts de marché qui ne doivent pas être dépassés par les parties à peine de ne pouvoir bénéficier de l'exemption. La création de cette zone de sécurité pour les opérateurs économiques permet au droit communautaire de s'aligner sur le droit américain[1117]. Le choix des seuils n'est cependant pas applaudi par l'ensemble de la doctrine. Il est reproché à cette approche économique de ne pas suffisamment tenir compte des différents marchés des États membres auxquels le règlement va s'appliquer. De même, les seuils de parts de marché sont peu pertinents dans un domaine caractérisé par de hautes technologies, bien que ces problèmes liés à l'apparition de nouvelles technologies soient éphémères[1118].

Le seuil de part de marché déterminant l'application du règlement d'exemption par catégorie varie selon que l'accord est conclu entre des concurrents ou entre des entreprises qui ne sont pas concurrentes. La concurrence potentielle sur le marché de technologies en cause n'est pas prise en considération pour leur application[1119]. « *Le marché de technologies en cause englobe des technologies considérées par les preneurs de licence comme interchangeables avec la technologie concédée ou substituable à cette technologie en raison de leurs caractéristiques, des redevances dont elles font l'objet et de l'usage auquel elles sont destinées* »[1120]. « Les entreprises concurrentes sur le marché de technologies en cause sont des entreprises qui concèdent sous licence des technologies concurrentes sans enfreindre leurs droits de propriété intellectuels mutuels (concurrents réels sur le marché de technologies) »[1121]. La délimitation de ce marché est moins évidente que la délimitation du

---

[1117] Rapp. d'évaluation COM (2001) 786 final, 20 déc. 2001, disponible sur le site Europa ; Règlement d'exemption 1400/2002, Analyse par L. VOGEL et J. VOGEL sur le rapport London Economics, *LJA* 16 févr. 2007, n°990, p. 24 ; Rapport d'évaluation sur l'application du règlement 1400/2002 concernant la distribution et les services après-vente dans le secteur automobile, « observations de « 40 millions d'automobilistes », accessible sur le site *www.40millionsdautomobilistes.com*.

[1118] P. ARHEL, *op. cit.* (v. note n°39).

[1119] « Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du Traité CE aux accords de transfert de technologie » : Comm. CE, JOUE 27 avr. 2004, n° C 101, n°67.

[1120] Article 1er, § 1, j) l) du règlement 772/2004..

[1121] *Ibid.,* Article 1er, § 1, j) i).

marché de produits. C'est le marché des produits contractuels, c'est-à-dire des produits contenant ou fabriqués avec la technologie transférée

Le seuil de part de marché est fixé à 20 % pour les accords entre des concurrents[1122]. Ce seuil s'établit à 30 % lorsque les parties contractantes ne sont pas des concurrents[1123]. Cette situation de concurrence doit alors être appréciée lors de l'examen de chaque accord.

Outre les conditions relatives à la qualité des parties, l'application du règlement 772/2004 est soumise à d'autres conditions relatives à l'objet de l'accord.

B. Les conditions relatives à l'objet de l'accord

417.- L'accord doit avoir pour objet un transfert de technologie (1) en vue de la fabrication par le preneur des produits contractuels (2)[1124].

1. Accord transférant de la technologie

418.- La notion d'accord retenue dans le règlement n°772/2004 résulte nécessairement des termes de l'article 101, paragraphe 1 du traité CE. Par conséquent, un accord peut être « *un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée* »[1125].

Deux éléments se conjuguent pour caractériser un accord de transfert de technologie au sens du règlement n°772/2004 : le premier a trait à la nature de la technologie (a), le second à l'opération réalisant le transfert (b).

[1122] Sur le calcul des parts de marché dans le règlement 772-20004 : R. KOVAR, *op. cit.* (v. note n°1110).

[1123] Article 3, paragraphes 1 et 2) du règlement n°772/2004. *« Lorsque les entreprises parties à l'accord sont des entreprises concurrentes, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché cumulée détenue par les parties sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause affectés ne soit pas supérieure à 20 %. ». « Lorsque les entreprises parties à l'accord sont des entreprises non concurrentes, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part détenue par chacune des parties sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause affectés ne soit pas supérieure à 30 % ».* Le mode de calcul est donc plus strict pour les accords entre concurrents que pour les accords entre non-concurrents.

[1124] R. KOVAR, *op. cit.* (v. note n°1110).

[1125] Article 1er, paragraphe 1, a) du Règlement. n°772/2004 ; v. I. LIANOS, « La confusion des infractions de l'article 81§1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique », *RTD eur.* 2000, p. 239.

a) La nature juridique de la technologie

419.- Selon l'article 1er, paragraphe 1, points b) et h) du règlement n°772/2004, le terme technologie couvre les brevets et demandes de brevets, les modèles d'utilité, les droits de dessin[1126], les droits d'obtention végétale, les topographies de produits semi-conducteurs, les certificats supplémentaires pour les produits pharmaceutiques ou d'autres produits pour lesquels les certificats de protection supplémentaire peuvent être obtenus, les droits d'auteur sur logiciel [1127] et le savoir-faire [1128]. La définition est donc large et les contrats de développement unilatéral ont pour objet de telles technologies

420.- La définition du savoir-faire est constante et désigne un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est :

- secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; le règlement n°240/96 précisait la notion. C'est ainsi que par « *secret* » il faut entendre « *que l'ensemble du savoir-faire, considéré globalement ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses éléments, n'est généralement pas connu ou facile à obtenir, de sorte qu'une partie de sa valeur réside dans l'avance que sa communication procure au licencié ; il ne doit pas être entendu au sens strict, c'est-à-dire que chaque élément individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir en dehors de l'entreprise du donneur de licence* ».

- substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels[1129].

- identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment précise pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité[1130].

Une telle technologie est donc l'objet de l'opération réalisant le transfert.

[1126] Le terme « dessin » (Article 1er, §a h) ne saurait renvoyer aux « Dessins & Modèles ». Ce doit donc être limité aux créations à caractère technique.

[1127] C'est une nouveauté du règlement n°772/2004.

[1128] Le règlement d'exemption par catégorie n°772/2004 ajoute les droits d'obtention végétale et les droits d'auteur sur logiciel qui sont couverts à titre principal par l'exemption. Dans le cadre du règlement n°240/96 ces droits de propriété intellectuelle n'étaient pris en compte qu'à titre accessoire avec d'autres droits de propriété intellectuelle.

[1129] Lignes directrices accompagnant le règlement n°772/2004, pt. n°47.

[1130] *Ibid.*

b) L'opération réalisant le transfert

421.- La notion de transfert implique que l'accord ait pour objet de faire « passer la technologie d'une entreprise à une autre »[1131]. Deux méthodes existent alors.

Il y a tout d'abord les contrats transférant expressément la technologie d'une partie à l'autre. L'article 1er, paragraphe 1, b) du règlement n°772/2004 liste les contrats permettant un tel transfert. Il s'agit d'une part des contrats de licence de droits de propriété intellectuelle, ou de savoir-faire. Il s'agit d'autre part des accords de cession de droits de propriété intellectuelle à condition qu' « *une partie du risque lié à l'exploitation de la technologie soit supportée par le cédant, notamment lorsque le montant dû au titre de la cession dépend du chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire avec les produits qui sont produits à l'aide de la technologie cédée, de la quantité de produits fabriqués ou du nombre d'opérations réalisées à l'aide de la technologie concernée* ».

Le transfert de la technologie peut également se réaliser par un accord de sous-traitance, par lequel un licencié autorisé par le donneur accorde des licences à des sous-traitants pour leur permettre d'exploiter la technologie en cause en s'engageant à fabriquer certains produits exclusivement pour le donneur de licence[1132]. Lorsque la sous-traitance comprend la fourniture, par le donneur, d'équipements à utiliser pour la production des biens et services couverts par l'accord, le règlement 772/2004 ne sera applicable que si, c'est la technologie concédée, et non les équipements fournis, qui constituent l'objet principal de l'accord[1133].

C'est ce qui se passe dans le secteur automobile, le constructeur transmet des droits au fournisseur pour qu'il fabrique, mais fréquemment celui-ci sous-traite à d'autres entreprises tout ou partie de cette fabrication et est donc amené à transférer également les droits.

422.- Il y a ensuite les contrats permettant de façon négative à une partie d'utiliser la technologie. Conformément à l'essence d'un contrat de licence de droits de propriété intellectuelle, il suffit pour qu'un accord réalise un transfert de technologie au sens du règlement n°772/2004 que le donneur s'engage à ne pas exercer ses droits à l'encontre du preneur. Il en résulte que le règlement d'exemption couvre également les accords de non-

[1131] *Ibid., pt.* n°48.

[1132] *Ibid., pt* n°43 et n°48.

[1133] *Ibid., pt.* n°43.

revendication ou de règlement, par lesquels le titulaire d'un brevet autorise une autre entreprise à produire dans le domaine couvert par ce brevet[1134].

423.- L'exemption couvre aussi bien les « *accords réciproques* » que les « *accords non réciproques* », même si les premiers sont traités avec plus de rigueur[1135].

L'article 1er, paragraphe 1 du règlement n°772/2004 précise ce que signifie accord réciproque, d'une part, et accord non réciproque de l'autre[1136]. Un accord réciproque est « *un accord de transfert de technologie par lequel deux entreprises s'accordent mutuellement, dans le même contrat ou dans des contrats distincts, une licence de brevet, une licence de savoir-faire ou une licence de droits d'auteurs sur logiciels ou une licence mixte de brevet, de savoir-faire ou de droits d'auteur sur logiciels lorsque ces licences portent sur des technologies concurrentes ou peuvent être utilisées pour la production de produits concurrents* »[1137].

Un accord non réciproque est « *un accord de transfert de technologie par lequel une entreprise concède à une autre entreprise une licence de brevet, une licence de savoir-faire ou une licence de droits d'auteurs sur logiciels ou une licence mixte de brevet, de savoir-faire ou de droits d'auteur sur logiciels, ou par lequel deux entreprises s'accordent mutuellement une telle licence, mais à condition que ces licences ne portent pas sur des technologies concurrentes et ne puissent pas être utilisées pour la production de produits concurrents* »[1138].

L'industrie automobile ne connaît pas ce type d'accord réciproque, les accords conclus entre constructeurs et équipementiers sont des accords non réciproques, car le constructeur n'entend pas donner à un équipementier un quelconque avantage technologique.

Par ailleurs, le transfert de technologie doit avoir pour objet la fabrication de produits.

[1134] *Ibid.*

[1135] Cette distinction a une incidence significative dans le cadre des règles relatives aux restrictions caractérisées incluses dans des accords entre concurrents.

[1136] Les accords réciproques étaient exclus par principe de l'exemption prévue par le règlement n°240/96 (Règlement n°240/96, 31 janv. 1996, Article 5, paragraphe 1, al. 3).

[1137] Article 1er, paragraphe 1, c) du Règlement. n°772/2004.

[1138] *Ibid.*, Article 1er, paragraphe 1, d).

2. Accord concernant la fabrication

424.- L'article 2 du règlement n°772/2004 dispose que, pour pouvoir bénéficier de l'exemption, les accords de licence doivent avoir pour objet « *la production de produits contractuels* », c'est-à-dire de produits comportant la technologie concédée ou produite à partir de celle-ci.

Ainsi dit, le règlement 772/2004 n'exempte que « l*es accords dans lesquels le donneur de licence autorise le preneur à exploiter la technologie concédée, éventuellement après avoir poursuivi des activités de recherche-développement, pour la production de biens ou de services* »[1139].

Les Lignes directrices apportent une utile précision en indiquant que le règlement n°772/2004 est applicable aux accords de licence concernant la production de produits contractuels qui autorisent également le licencié à accorder à des tiers des sous-licences sur la technologie concédée, à condition cependant que la production de produits contractuels constitue l'objet principal de l'accord[1140]. Ceci correspond dans le secteur automobile à la situation où un fournisseur qui reçoit du constructeur une licence sur une technologie (lui permettant de fabriquer des pièces destinées à être fournies au constructeur) transmet celle-ci à un sous-traitant afin de sous-traiter une partie du marché principal.

425.- Du moment que le transfert a pour objet la production d'un produit contractuel, peu importe que cette production nécessite des travaux préalables de recherche et développement. « *La nécessité de poursuivre de tels travaux et de réaliser les investissements correspondants ne modifie pas l'objet de l'accord qui est la production d'un produit contractuel déterminé* ».

Cependant, si la technologie transférée est destinée à permettre la réalisation des travaux de recherche et développement et non pas intégrer le processus de production du produit, le règlement 772/2004 n'exempte pas l'accord en cause. Il doit exister une relation directe entre la technologie concédée et la production d'un produit contractuel déterminé[1141]. Cette même raison fait que le règlement d'exemption par catégorie n°772/2004 ne couvre pas « *les accords de sous-traitance de recherche et développement, en vertu desquels le preneur*

[1139] *Ibid.,* Considérant n°(7).

[1140] Lignes directrices du règlement 772/2004, n°42.

[1141] Considérant n°(7) du Règlement n°772/2004, et Lignes directrices du règlement 772/2004, n°45.

de licence s'engage à effectuer des travaux de recherche-développement dans le domaine couvert par la technologie et à rétrocéder la technologie ainsi améliorée au donneur de licence »[1142].

426.- Par ailleurs, l'accord de transfert de technologie est exempté s'il a pour objet principal l'exploitation de la technologie. Cela n'empêche pas d'intégrer au contrat des stipulations relatives à la commercialisation des produits contractuels. La couverture des accords de transfert de technologie vaut « *même lorsque ceux-ci contiennent des conditions applicables à plus d'un niveau commercial, par exemple lorsqu'ils imposent au preneur de licence l'obligation de mettre sur pied un système de distribution particulier et définissent les obligations que le preneur doit ou peut imposer aux revendeurs des produits fabriqués sous licence* »[1143].

De même, les accords contenant des engagements relatifs à l'achat et à la vente de produits pourront être couverts par l'exemption si ces engagements ne sont pas l'objet principal de l'accord et sont directement liés à l'application de la technologie concédée. L'accord de transfert de technologie peut ainsi contenir des stipulations relatives à l'approvisionnement en produits entrants dans le processus de production des produits fabriqués grâce à la technologie. Donc le donneur de licence peut organiser dans le même contrat le transfert de technologie au preneur ainsi que la fourniture par exemple de matières premières destinées à la production des produits contractuels. Ce lien direct entre l'exploitation de la technologie et la fourniture de produits existe dès lors que ces équipements sont spécialement conçus pour une exploitation efficace de la technologie concédée. À défaut de l'existence d'une relation entre les produits visés par l'engagement d'achat inséré dans un accord de transfert de technologie et les produits comportant cette technologie, le règlement n°772/2004 ne trouve pas à s'appliquer[1144], bien que certains accords relèvent à titre accessoire de l'exemption[1145].

Dans le secteur automobile, de tels contrats contiennent des clauses de fourniture. Le preneur (fournisseur) de licence doit produire des produits puis les fournir au donneur (constructeur). Il n'y a pas lieu de penser qu'un tel accord ne puisse pas entrer dans le champ

[1142] Lignes directrices du règlement 772/2004, n°45.

[1143] Considérant n°19 du Règlement. n°772/2004.

[1144] Lignes directrices du règlement 772/2004, n°49.

[1145] *Ibid.*, n°50.

d’application du règlement 772/2004, ce qui déclenche l’application du régime des accords de transfert de technologie.

SECTION 2

L'APPLICATION DU RÉGIME DES ACCORDS DE SOUS-TRAITANCE

427.- En matière de droit de la concurrence, deux textes ont vocation à s'appliquer aux accords de sous-traitance, l'un n'excluant pas l'autre. Il s'agit de la communication de 1978 de la Commission européenne relative aux accords de sous-traitance et du règlement d'exemption 772/2004 relatif aux accords de transfert de technologie.

Au regard de ces textes, deux corps de règles s'appliquent aux accords de sous-traitance. En effet, la communication distingue les contrats de sous-traitance n'organisant pas le transfert de droits et connaissances techniques par le donneur d'ordre au sous-traitant pour l'exécution du contrat, des contrats organisant un tel transfert afin de permettre cette exécution. L'un protège les investissements intellectuels du donneur d'ordre, l'autre libéralise le marché. Le règlement 772/2004 s'attache ainsi à préciser les conditions de mise en œuvre du transfert.

C'est cette dualité de régime qui pousse les donneurs d'ordre à organiser dans leur contrat de sous-traitance un transfert de technologie. Bien souvent en effet, la mise à disposition de droits intellectuels et d'outils n'est pas justifiée par des considérations économiques, mais par des considérations juridiques.

Pour lutter contre cela, les textes communautaires précisent dans quelles conditions peut se faire cette mise à disposition[1146]. Il faut préciser alors quand est-ce qu'un accord de sous-traitance organise valablement un transfert de technologie (paragraphe liminaire).

La pratique des accords de sous-traitance en matière automobile ne justifie pas nécessairement l'application du régime protecteur résultant de la communication de 1978 et du règlement 772/2004. Le régime des accords de sous-traitance avec transfert de technologie, protecteur des investissements intellectuels, est souvent factice (§1) et supplante l'application du régime des accords de sous-traitance sans transfert de technologie (découlant du règlement 330/2010 relatif aux restrictions verticales et du règlement 461/2010) qui lui est proconcurrentiel (§2).

[1146] Pt n°2 de la Communication de la Commission du 18 déc. 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JO n°C 001 du 03/01/1979 p. 2.

Paragraphe liminaire. La nécessité du transfert de technologie

428.- Il ressort de la communication de 1978 que c'est l'état de dépendance du sous-traitant qui justifie les clauses restrictives de concurrence admises lorsque l'accord porte sur les connaissances et équipements du donneur d'ordre. « *La dépendance du sous-traitant résulte de l'intervention technique du donneur d'ordre* »[1147].

En revanche, le sous-traitant n'est pas dépendant « *si le sous-traitant a à sa disposition ou peut obtenir dans des conditions raisonnables les connaissances et l'équipement nécessaires pour réaliser les produits, services ou travaux* »[1148]. Cette nécessité doit toutefois être mise en perspective, la théorie et la pratique diffèrent quelque peu.

Afin que le régime permettant de restreindre l'utilisation par le sous-traitant des droits intellectuels et des outils s'applique, il faut que la mise à disposition du sous-traitant de connaissances ou d'équipements soit nécessaire pour la réalisation du contrat. C'est le cas « *si et pour autant que ces connaissances ou ces équipements sont nécessaires pour mettre le sous-traitant en mesure, dans des conditions raisonnables, de fabriquer les produits, de fournir les services ou d'exécuter les travaux suivant les directives du donneur d'ordre. Dans cette mesure, le sous-traitant accomplit un acte de production pour lequel il n'apparaît pas comme offreur indépendant sur le marché* ».

429.- Si l'existence de cette nécessité est en théorie facile à rapporter, la pratique complexifie grandement la tache. Il faut par conséquent distinguer deux situations :

- Ces éléments existent préalablement au contrat et sont détenus ou sont à disposition du donneur d'ordre. La mise à disposition de tels éléments doit donc permettre d'éviter un surcoût inutile et constitue par conséquent un avantage économique permettant au sous-traitant de diminuer les coûts de production. Le critère justificatif est donc un critère économique.

- Ces éléments n'existent pas et doivent être fabriqués pour la réalisation de la commande. Dans le secteur automobile, le constructeur finance fréquemment les outils spécifiques, car ceux-ci coûtent cher.

[1147] M. BOIZARD, « Droit communautaire », *Rep. Comm. Dalloz*, 15 avril 1992, p.1.

[1148] Communication de la Commission du 18 déc. 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne, JO n°C 001 du 03/01/1979 p. 2.

430.- L'étude de ce chapitre permet donc de comprendre pourquoi les constructeurs automobiles ont recours à un mandat (même s'il n'est pas qualifié ainsi par les parties qui préfèrent les dénominations sui generis) préalablement au contrat de sous-traitance. Ils acquièrent ainsi la propriété d'éléments (outils spécifiques ou droits intellectuels) qui par la suite permettent d'intégrer aux accords de sous-traitance un transfert de technologie portant sur ces mêmes éléments. Le transfert de technologie est justifié au sens de la communication de 1978 puisque ces éléments existent préalablement au contrat de sous-traitance. Le transfert est cependant factice, injustifié, dès lors que l'on considère l'opération contractuelle d'ensemble.

Il appartient de préciser maintenant l'intérêt des parties à intégrer un transfert de technologie en analysant l'opposition fondamentale existant entre le régime des accords avec transfert de technologie (§1) et le régime des accords sans transfert de technologie justifié (§2).

§1. La protection des investissements intellectuels par le régime des accords de sous-traitance avec transfert de technologie

431.- Le règlement 772/2004 et la communication de 1978 se conjuguent pour réglementer les accords de sous-traitance organisant un transfert de connaissance ou de technologies. La Commission estime ainsi que l'article 101 paragraphe 1 ne s'applique pas aux clauses contractuelles permettant au donneur d'ordre de protéger les connaissances et équipements qu'il transmet au sous-traitant pour lui permettre de réaliser le contrat. La Commission européenne admet donc que le donneur d'ordre limite l'utilisation de ces éléments à l'exécution du contrat et empêche le sous-traitant d'en disposer.

432.- Ainsi, l'article 101, 1 ne vise ni les clauses de non-utilisation de la marque, du nom commercial ou de présentations déterminés en dehors du contrat le liant au donneur d'ordre, ni les clauses de communication des perfectionnements techniques relatifs à l'exécution du contrat.

Ces deux mesures sont peu intéressantes au regard du droit de la concurrence. Il est en effet classique que le sous-traitant ne puisse à son profit utiliser les éléments tels que la marque le nom commercial ou les éléments de présentation d'un donneur d'ordre à son profit

personnel. Pour ce qui concerne les marques, la Cour de justice confirme la positon de la Commission européenne en estimant que : « *l'objet spécifique de la propriété commerciale est notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque, pour la première mise en circulation d'un produit, et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque* » [1149] . De même, les clauses de communication des perfectionnements techniques sont fréquentes et ne posent pas véritablement de restrictions de concurrence si elles sont strictement limitées au domaine du contrat de sous-traitance et si elles ne privent pas le sous-traitant de sources d'exploitations. Il ne faut pas que ces perfectionnements soient utilisables indépendamment des éléments transmis, mais qu'ils en soient bien indétachables.

433.- De même, la Commission estime que l'article 101, 1 ne vise pas :

Les clauses de non-exploitation des connaissances techniques, des procédés de fabrication présentant un caractère secret ou des équipements du donneur d'ordre en dehors du contrat. Cela comprend donc les clauses d'approvisionnement exclusif en produits contractuels ou d'exécution pour le compte du donneur d'ordre uniquement des services contractuels.

Les clauses de secret relatives aux connaissances techniques ou procédés de fabrication présentant un caractère secret ainsi que les clauses de non mise à disposition auprès de tiers des équipements fournis par le donneur d'ordre.

La Commission liste les éléments pouvant être décisifs à cet égard : il s'agit de droits de propriété industrielle sous forme de brevets, modèles d'utilités, Dessins & Modèles déposés, ou d'autres droits de protection, ou de connaissances techniques ou procédés de fabrication revêtant un caractère secret (savoir-faire) ou encore d'études, plans, documents spécifiques, élaborés par le donneur d'ordre ou pour lui, ou de matrices, moules, outillages et leurs accessoires, propres au donneur d'ordre.

434.- Au sein de cette liste, il est intéressant, afin de mieux cerner le champ d'application de la communication, de diviser ces éléments en trois catégories :

- Les éléments protégés par un droit privatif de propriété industrielle tels que brevets ou Dessins & Modèles.

[1149] CJCE, 31 oct. 1974, *Rec.* CJCE 1974, p. 1183

- Les éléments non protégés par un droit privatif. Il s'agit du savoir-faire[1150]. Il s'agit alors de ces éléments qui, selon la formule d'un auteur[1151], permettent l'optimisation des résultats : formule d'un mélange, procédé de fabrication, etc.

Plus fréquemment, le savoir-faire consistera dans un ensemble d'éléments qui sont le fruit de l'expérience et constituent une avance technologique ou commerciale : choix des matières premières, des températures optimales, des meilleures conditions de fabrication[1152], d'un marché ou d'un réseau de fournisseurs. Le savoir-faire comprend les secrets de fabrication. Si le secret de fabrique ne peut avoir pour objet qu'un processus industriel de fabrication, le savoir-faire constitue en revanche un ensemble plus large d'éléments pouvant être rattaché à toutes les activités de l'entreprise[1153].

Dès lors, celui qui dispose d'un savoir-faire ne peut prétendre sur cette valeur à aucun monopole. Seul le brevet peut donner naissance à un droit privatif[1154]. Le savoir-faire ne saurait par conséquent faire l'objet d'un monopole. Une doctrine majoritaire dénie à son détenteur du savoir-faire tout droit privatif[1155] et la jurisprudence[1156] aussi. Puisque le savoir-faire n'est pas protégé par un droit spécifique, c'est le droit de la responsabilité civile qui assure cette protection.

- Il existe enfin les éléments qui ne reçoivent aucune protection et dont seul le vol est sanctionné. Il faut sur ce point distinguer le savoir-faire du support qui le contient (document). Toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation a condamné le vol du support, mais

---

[1150] L'expression de savoir-faire constitue la traduction officielle de l'expression anglo-saxonne de know-how qui continue d'ailleurs à être utilisée concurremment par la pratique. Le terme apparaît parfois dans notre législation (C. propr. intell, Article R. 624-1 et s ; Arr. 26 mai 1970, relatif aux contrats avec l'étranger portant sur l'acquisition ou la cession de droits de propriété industrielle et de tous éléments intellectuels d'aide scientifique et technique). La jurisprudence emploie également l'expression : CA Paris, 29 nov. 1995, *PIBD* 1996, III, p. 109.

Définition du « savoir-faire » dans le règlement n°2659/2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement: *« un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées. Dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; « substantiel » signifie que le savoir-faire inclut des informations indispensables aux fins de la fabrication des produits contractuels ou de l'utilisation des procédés contractuels; « identifié » signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».*

[1151] P. MAGNIN, *Le know-how*, Litec, 1973.

[1152] Cass. civ. 3ème, 13 juill. 1966, *JCP éd. G*, 1967, II, n° 15131, note P. DURAND.

[1153] Existe-t-il alors un savoir-faire négatif, constitué par la connaissance des erreurs à ne pas commettre. C'est admis aux États-Unis : DESSEMONTER, « Le savoir-faire industriel en droit américain », *Droz*, Genève, 1974.

[1154] TGI Seine, 8 févr. 1962, note J.-M. MOUSSERON, *JCP éd. G* 1962, II, n° 12854.

[1155] R. FABRE, *Le know-how: sa réservation en droit commun*, Litec, 1976

[1156] Cass. Com., 3 oct. 1978, *D.* 1979, p. 56, I.R ; *RTD com.* 1979, p. 250, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA ; *D.* 1980, jur. p. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

également celui de l'information qu'il contenait[1157] ce qui ne constitue pas la reconnaissance d'un droit de propriété sur le contenu informationnel, mais constitue au contraire « *une manifestation de l'autonomie du droit pénal dans les qualifications* »[1158].

435.- Dans l'exposé fait par la Commission de ce qui est autorisé dans les contrats de sous-traitance avec transfert de connaissances, on constate que deux types de clauses se rejoignent. Les clauses interdisant l'exploitation de connaissances, procédés ou équipements sont complémentaires des clauses de secret interdisant la divulgation de ces mêmes connaissances et procédés et des clauses interdisant de mettre à disposition de tiers les équipements.

L'association d'une clause de secret et d'une clause de non-exploitation suppose donc, soit l'admission des clauses plus générales de confidentialité[1159], soit l'admission des clauses de non-concurrence. Ces deux types de clauses sont en effet similaires dans leur objet, mais pas dans leur régime. Il faut donc déterminer quelle stipulation la Commission entend autoriser. L'enjeu est réside dans le fait que la clause de non-concurrence soit soumise à la condition de limitation dans le temps et/ou dans l'espace, ainsi qu'à celle de proportionnalité, et s'expose donc à la nullité. Il n'en va pas de même pour la clause de secret[1160]. De même, une indemnité de non-concurrence n'est pas due si l'obligation véritable qu'elle rémunère n'est que de confidentialité[1161].

Il appartient donc de rechercher dans un premier temps la volonté de la Commission et donc le but poursuivi par la communication de 1978. Il faut alors distinguer l'objet de la clause de confidentialité et l'objet de la clause de non-concurrence afin de pouvoir identifier lequel semble le plus correspondre aux intentions de la Commission (I). Il sera dans un second temps opportun d'étudier plus précisément en quoi consistent exactement les clauses telles que prévues par la communication. On étudiera donc le régime de la clause que l'on considère comme étant admise par la Commission : confidentialité ou non-concurrence (II).

[1157] Pour un arrêt récent: Cass. crim., 4 mars 2008, note S. DETRAZ, *D.* 2008, p. 2213.

[1158] En ce sens, Cass. Crim. 22 sept. 2004, *D.* 2005, p. 411, note de B. LAMY.

[1159] Sur ces clauses : M.-A. MOREAU, « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *Dr. et pat*. 1999, n°69, p. 56.

[1160] Cass. Com., 7 oct. 1997, *Cont. conc. consom*. 1998, comm. 10, obs. L. VOGEL, considérant qu' *« il ne saurait être fait grief à la Cour d'appel d'avoir déclaré nulle une clause qualifiée « de discrétion » par l'employeur, après avoir constaté qu'elle était « rédigée de façon confuse », et qu'elle était « illimitée dans le temps et disproportionnée par rapport à la qualification et aux missions confiées aux salariés démissionnaires ».*

[1161] CA Versailles, 27 sept. 1994, *D.* 1995, somm. p. 206, obs. Y. SERRA.

I. Quid de la volonté de la Commission européenne

436.- « *L'obligation de non-concurrence interdit à une personne d'exercer une activité économique en concurrence avec celle d'une autre. L'objet de l'obligation et donc une obligation de ne pas faire, de ne pas entrer en concurrence avec l'activité du créancier* »[1162]. L'engagement de non-concurrence traduit l'exclusion conventionnelle d'un risque de concurrence dommageable. Le créancier de l'engagement de non-concurrence entend ne pas souffrir de la compétition du débiteur. « *Une clause de non-concurrence implique non seulement la non-divulgation, mais encore et surtout l'interdiction de mettre en œuvre ces connaissances dans le cadre d'une activité concurrente* »[1163]. Le principe de la liberté de la concurrence s'oppose donc au principe de liberté contractuelle. D'ailleurs, ces clauses font partie des clauses « *rouges* » visées par le règlement d'exemption du 22 décembre 1999

La clause de confidentialité quant à elle, encore dénommée clause de secret, de discrétion ou de non-divulgation, impose au partenaire le silence sur les informations qui lui sont communiquées, telles les informations techniques, commerciales, financières ou sur l'existence de négociations ou d'une relation contractuelle. Elle met ainsi à la charge de son débiteur une obligation de ne pas faire. « *Une clause de secret n'oblige qu'à la non-divulgation, mais son débiteur conserve la liberté d'exercer son activité en concurrence avec le créancier de l'obligation de confidentialité sauf si elle est complétée par une clause de non-exploitation qui empêcherait une telle mise en concurrence* »[1164].

Par exemple, une telle clause peut s'exposer ainsi : « *tant pendant le cours du présent contrat qu'après son expiration et pour quelque cause que ce soit, X s'interdit formellement de divulguer les renseignements techniques ou commerciaux qu'il aurait été amené à connaître sur les établissements Y, les produits diffusés par ceux-ci ou les laboratoires producteurs de ces produits* »[1165].

[1162] M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.* (v. note n°101), pt. n°539, p. 425.

[1163] CA Versailles, 27 sept. 1994, *D.* 1995, somm. p. 206, obs. Y. SERRA.

[1164] CA Versailles, 27 sept. 1994, *D.* 1995, somm. p. 206, obs. Y. SERRA ; cette obligation de ne pas faire peut revêtir un second aspect ; à un devoir de ne pas divulguer, les praticiens peuvent en effet ajouter, lorsque les circonstances l'imposent, un devoir de ne pas exploiter ; v. H. DUBOUT, « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », *Bull. Joly Soc.* 1992, p. 722.

[1165] J.-M. MOUSSERON et P. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3e éd., F. Lefebvre, 2005, no 691.

437.- La confusion est aisée entre les deux clauses, notamment lorsqu'à l'obligation de secret, la confidentialité ajoute l'obligation de ne pas exploiter. Mais leur but est différent. L'une a pour objet une restriction de concurrence, l'autre a pour objet la protection du capital corporel ou incorporel d'une entreprise. Et c'est bien là le but poursuivi par la Commission européenne dans la communication de 1978 qui est de permettre au donneur d'ordre de conserver la valeur économique des équipements, connaissances et procédés qu'il détient. Cela ressort de la phrase suivante : « *Pour conserver à ces connaissances ou à ces équipements leur valeur économique, le donneur d'ordre peut être conduit à en limiter l'utilisation par le sous-traitant à l'exécution du contrat* ». La communication souhaite en revanche lutter contre les restrictions de concurrence résultant de l'imposition de telles clauses sans justification. « *De telles limitations sont de nature à priver le sous-traitant de la possibilité de développer une activité économique indépendante dans les domaines qui font l'objet du contrat* ». La justification des restrictions de concurrence étant la protection des valeurs économiques de l'entreprise, il faut lire dans la communication de 1978 l'admission des clauses de confidentialité.

D'ailleurs, l'article 5 b) du règlement d'exemption général 2790/1999 sous-entend cette distinction en précisant juste après l'énoncé du régime de l'exemption de la clause de non-concurrence que celui-ci « *ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public* ». Il semble donc que la communication de 1978 précise l'intention de la Commission européenne sur le point de la clause de confidentialité dans les rapports de sous-traitance. À cet égard, il faut en étudier le régime.

II. La clause de confidentialité au regard du régime de la sous-traitance

438.- L'importance de la clause de confidentialité dans la vie des affaires[1166] n'est plus à démontrer[1167]. « *Le secret sur la situation de l'entreprise joue un rôle particulièrement important, stratégique même dans la défense de ses positions commerciales ou industrielles* »[1168]. En outre, il est le moteur de l'initiative personnelle en matière économique. Il « *abrite la réflexion, le projet et donne à la réalisation de ce projet, l'effet de surprise qui en assure l'efficacité* »[1169]. Pourtant, cette information, que l'on peut qualifier d'exclusive, est souvent communiquée à des employés ou d'autres entreprises (fournisseur, sous-traitant…). La transparence en droit des contrats accentue d'ailleurs ce phénomène[1170]. Pourtant, le secret reste l'associé indispensable de la communication d'information[1171].

Dans le silence du contrat, la loi admet la protection de certaines informations confidentielles [1172]. Elle impose même parfois un devoir de discrétion à certaines personnes[1173]. La jurisprudence tend également à reconnaître de temps à autre une telle obligation[1174].

Cependant, rien ne vaut une stipulation qui permet d'ériger automatiquement en faute la divulgation d'une information. « *Il est nécessaire de les avoir dans ses contrats, ne serait-ce qu'à titre dissuasif et pour éviter les abus qui seront alors plus facilement matérialisables*

[1166] M. VIVANT, « Les clauses de secret », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 101.

[1167] CH. GAVALDA, *op. cit.* (v. note n°666) ; R. SAINT-ALARY, « Le secret des affaires en droit français », in *Le secret et le droit*, Ass. H. CAPITANT, 1974, p. 263 ; M. CREMIEUX, *op. cit.* (v. note n°666), p. 457 ; G. VIRASSAMY, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD com.* 1988, p. 180 ; J. HUET, « Le secret commercial et la transparence de l'information », *P. Aff.* n° 20, 1988, p. 9 et n° 21, p. 12 ; B. BOULOC, « Le secret des affaires », *Dr. prat. com. int.* 1990, p. 6 ; N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats (approche critique de l'exigence)*, PUAM, 1998, p. 205.

[1168] G. VIRASSAMY, *op. cit.* (v. note n°1167).

[1169] R. SAINT-ALARY, *op. cit.* (v. note n°1167), p. 264.

[1170] N. VIGNAL, *op. cit.* (v. note n°1167), p. 41.

[1171] E. GARAUX, *La transparence en matière commerciale*, th. Limoges, 1995, p. 355.

[1172] Ainsi, un secret professionnel dont la violation peut être pénalement sanctionnée est reconnu dans certaines professions : M. FONTAINE, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDA int*. 1991, p. 5 ; v. les articles L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle et L. 1227-1 du Code du travail qui répriment la violation des secrets de fabrique. Sur ces fondements : Cass. crim., 19 sept. 2006.

[1173] Tels les administrateurs de société anonyme, les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux : Article L. 2325-5 du Code du travail, Article L. 225-37, al. 5 du Code de commerce.

[1174] P. ex. Cass. Soc. 4 avr. 1979 : dans lequel la Cour de cassation a estimé régulier le licenciement d'une femme dont le mari, démissionnaire, était entré au service d'une société concurrente.

et répréhensibles »[1175]. Ainsi sont fréquemment introduites des clauses stipulant que « *chaque partie s'engage à garder strictement confidentielles et à ne pas divulguer ou communiquer à des tiers, de quelque manière que ce soit, toutes informations qui lui seront transmises par l'autre partie ou auxquelles elle aura accès à l'occasion de l'exécution de la commande, ainsi que toutes informations concernant les études effectuées en exécution de la commande et les résultats issus de ces études* ». Chaque partie prendra toutes les mesures nécessaires pour préserver le caractère confidentiel des Informations. À ce titre, chaque partie s'engage notamment à ne communiquer les Informations qu'aux membres de son personnel ayant besoin d'en prendre connaissance et de les utiliser pour la bonne exécution des prestations objet du présent. En outre, chaque partie s'engage à prendre toutes dispositions pour que les membres de son personnel concernés et ses éventuels sous-traitants traitent lesdites informations de manière confidentielle conformément aux dispositions du présent article »[1176].

Encore faut-il que cette clause soit valide (A) pour pouvoir bénéficier de ce régime (B).

A. La validité de la clause de confidentialité

439.- Le droit de demander au bénéficiaire d'une information d'en respecter la confidentialité est expressément admis par la Cour de cassation[1177]. La liberté contractuelle justifie les clauses de confidentialité dont la jurisprudence reconnaît naturellement la validité[1178]. Le droit de la concurrence l'admet également. La Commission européenne a en effet affirmé, dans l'affaire PRONUPTIA, que « *le franchiseur doit pouvoir communiquer aux franchisés son savoir-faire et leur apporter l'assistance voulue pour les mettre en mesure*

[1175] E. GASTINEL, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles, Obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 211 ; certains auteurs sont plus critiques à l'égard des clauses de confidentialité : A. LATREILLE, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *P. Aff.* 2006, n° 156, p. 4 et n° 157, p. 4 ; La solution est moins certaine concernant la période postcontractuelle. Et les juges n'hésitent pas à sanctionner la mauvaise foi de celui qui utilise les informations communiquées, sur le fondement de la concurrence déloyale, et plus généralement sur celui de la responsabilité civile : V. sur la communication d'informations dans la période de négociations, Cass. Com., 3 oct. 1978, *D.* 1979, p. 56, I.R ; *RTD com.* 1979, p. 250 obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA; *D.* 1980, jur. p. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

[1176] C. ARONICA, *op. cit.* (v. note n°651).

[1177] V. Cass. civ. 1ère, 13 nov. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 424, obs. J. MESTRE : considérant que *« la clause de confidentialité du Code d'utilisation de la carte (Pastel, commercialisée par France Télécom) loin de constituer une clause abusive, apparaît comme la contrepartie, nécessaire pour la sauvegarde des intérêts des abonnés, de la commodité d'utilisation du réseau téléphonique aménagée par le service proposé ».*

[1178] Cass. soc., 19 mars 2008, *Lamy dr. aff.* 2008-29, n° 1749.

d'appliquer ses méthodes, sans risquer que ce savoir-faire et cette assistance profitent, ne serait-ce qu'indirectement, à des concurrents »[1179]. Cette position a ensuite été réaffirmée par les lignes directrices accompagnant le règlement d'exemption n° 2790/1999.

Mais la clause de confidentialité ne doit pas avoir des effets restrictifs de concurrence[1180] qui obligeraient le juge à requalifier la clause de confidentialité en clause de non-concurrence[1181]. Les autorités doivent donc s'assurer de la bonne utilisation de la clause de confidentialité. Cela crée t'il pour autant une obligation de motivation de la clause de confidentialité ? La communication de 1978 n'en fait pas référence. Il serait dommageable que pour se protéger d'un abus on crée une obligation de motivation.

D'autre part, l'objet de la clause de confidentialité étant de protéger le capital économique de l'entreprise qui communique, la clause se justifie par la nature des éléments protégés. Seule l'autorité peut donc apprécier si les éléments constituent un savoir-faire, l'existence d'un brevet étant facilement vérifiable. Donc au mieux le bénéficiaire de la clause de confidentialité doit rapporter les éléments caractérisant le savoir-faire. En pratique, c'est difficile à mettre en œuvre, car si le contrat prévoit la communication d'éléments sensibles, ceux-ci ne sont effectivement communiqués que par des documents confidentiels dont l'accessibilité est limitée aux organes de l'entreprise qui les mettent en œuvre. Rapporter dans le contrat les éléments caractérisant le savoir-faire revient alors à se dévoiler.

Au demeurant, de la validité de la clause de confidentialité découle le régime.

[1179] CJCE, 28 janv. 1986, *PRONUPTIA de PARIS GMBH* c/ *PARIS IRMGARD SCHILLGALIS*, *Rec.* CJCE 1986, p. 353.

[1180] M. FONTAINE, *op. cit.* (v. note n°1172) ; P. ex. Cass. Com., 27 janv. 1998, jugeant contraire à l'actuel article L. 420-1, la clause de confidentialité figurant dans les accords conclus par la société GALEC, centrale nationale d'achat des sociétés portant l'enseigne LECLERC avec les lessiviers, par laquelle ces derniers lui octroyaient une rémunération occulte et sans contrepartie, relevant que cette clause avait ainsi *« non seulement un effet anticoncurrentiel à l'égard des producteurs, mais également à l'égard des distributeurs concurrents qui se trouvaient dans une situation désavantageuse par rapport aux distributeurs auxquels la ristourne occulte était consentie »*.

[1181] La clause doit alors être traitée comme une clause de non-concurrence et être soumise aux conditions particulières de validité de cette dernière ; si elle n'y répond pas, elle est alors illicite et ne peut faire l'objet d'une quelconque action en cas de violation.

B. Le régime de la clause de confidentialité

440.- La clause de confidentialité trouve sa place à tous les stades de la vie du contrat. Ainsi, elle peut naturellement viser la période précontractuelle. En effet, celle-ci va entraîner « *la révélation de données qu'il est important de protéger, surtout si la négociation devait échouer* »[1182]. Une telle stipulation est fréquente lorsque l'un des partenaires doit donner à l'autre un aperçu de ses méthodes, techniques, ou savoir-faire[1183]. Le secret exigé peut bien entendu viser les informations échangées ou acquises pendant la phase d'exécution. Enfin, il peut également s'appliquer après la fin du contrat[1184].

Effective dès la phase des pourparlers, la clause de confidentialité peut soumettre au secret l'existence même de ces pourparlers ou, plus couramment, les informations communiquées à cette occasion entre les parties[1185]. L'engagement de secret peut alors prendre la forme d'une simple clause et apparaître comme une obligation parmi d'autres, contenues dans un contrat préparatoire. Il peut aussi constituer l'objet d'un avant-contrat[1186].

L'obligation de secret peut occuper une place dans le contrat conclu, pour le temps de celui-ci. Elle peut alors organiser la confidentialité autour du contrat lui-même, c'est-à-dire de son existence ou de sa teneur[1187]. Elle peut en outre et surtout interdire la communication des informations communiquées ou acquises au cours « *tous les contrats d'entreprise qui supposent que pour remplir ses obligations, le prestataire ait à connaître tel ou tel élément de la structure ou de l'organisation de son partenaire* »[1188]. La stipulation jouit au demeurant souvent d'une autonomie qui la dote d'effets postcontractuels[1189].

[1182] M. FONTAINE, *op. cit.* (v. note n°1172).

[1183] En matière de brevet, la clause de confidentialité est facultative étant donné la protection accordée par nature. Cependant, son insertion apparaît prudente lorsque le brevet n'a pas encore été délivré. P. ex. Cass. Com., 3 oct. 1978, *D.* 1979, p. 56, I.R ; *RTD com.* 1979, p. 250, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA ; *D.* 1980, jur. p. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI.

[1184] J.-M. MOUSSERON, « Secret et contrat, de la fin de l'un à la fin de l'autre », in *Mélanges FOYER*, PUF, 1997, p. 257.

[1185] Il est ainsi fréquent de lire que *« les parties garderont secrètes toutes les informations techniques et financières échangées lors de la négociation »* : J.-M. MOUSSERON et P. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *op. cit.* (v. note n°1165), n° 1425 ; L. GAREIL-SUTTER, « Période précontractuelle, Contenu », *J.-Cl. Fasc*. 20.

[1186] CA Paris, 14 févr. 1997, pour la conclusion d'un « contrat de confidentialité ».

[1187] M. VIVANT, *op. cit.* (v. note n°1166).

[1188] *Ibid.*

[1189] A. LATREILLE, *op. cit.* (v. note n°1175).

Donc le régime de la clause de confidentialité est applicable aux clauses de confidentialité intégrées aux actes précontractuels et aux clauses contractuelles qui ont des effets postcontractuels.

Il faut par conséquent étudier le régime de l'exécution de l'obligation de confidentialité (1) avant d'étudier comment est sanctionné tout manquement à cette obligation (2).

1. Le régime de l'exécution de l'obligation de confidentialité

441.- Le contractant débiteur d'une obligation de confidentialité peut être amené à transmettre les informations confidentielles protégées à des tiers (salarié, sous-traitant…). Cela doit être organisé contractuellement afin que le contractant ne soit pas restreint par la clause qui l'empêche de déléguer une part de son activité. Il faut alors assujettir à une obligation similaire de confidentialité ces tiers. Dans les accords de sous-traitance, l'obligation de confidentialité peut donc être associée à une obligation d'agrément du sous-traitant. Sans cet agrément et si le deuxième sous-traitant divulguait des informations, le premier en serait tenu responsable.

442.- Il importe de relever que certaines informations ne sont jamais confidentielles. C'est le cas de celles qui font l'objet d'une publicité ou d'une obligation de divulgation, de celles qui relèvent du domaine public, c'est-à-dire connues de tous, de celles qui ont été communiquées au débiteur de l'obligation de confidentialité par un tiers non tenu à une obligation de confidentialité, ou encore de celles dont le débiteur du secret peut prouver qu'il en avait connaissance avant leur divulgation.

443.- La protection des informations confidentielles peut être organisée selon trois principes. Soit, les parties appliquent cette obligation de confidentialité à toutes les informations communiquées au cours de l'exécution du contrat ou de sa négociation. Elles peuvent alors prévoir des exceptions à ce principe. Soit, les parties limitent l'obligation de confidentialité à certaines informations listées. Soit, les parties précisent de manière négative les informations qui sont confidentielles en listant celles qui ne le sont pas[1190].

[1190] J. HUET et F. DUPUIS-TOUBOL, « La violation de la confidentialité des négociations », *P. Aff.* n°41, 1990, p. 9.

Afin d'être efficace, l'obligation de confidentialité peut mentionner les moyens que les parties ont l'obligation de mettre en œuvre afin de les protéger. S'agissant par exemple de la protection d'un savoir-faire, il peut être nécessaire d'envisager certaines conditions de fabrication ou de commercialisation, ou encore de limiter l'accès à certains lieux[1191].

444.- La durée de l'obligation de confidentialité a également tout intérêt à être précisée. L'avant-contrat prévoit ainsi, en cas d'échec des négociations, pour quelle durée la confidentialité est requise. Si les négociations aboutissent, le maintien de la clause durant toute la durée de son exécution est admis sauf si les informations tombent dans le domaine public. Une fois le contrat exécuté[1192], la confidentialité peut également être maintenue. La durée choisie est souvent de cinq ans concernant les contrats de franchise[1193]. Toutefois, la communication de 1978 ne précise pas de limitation de durée pour les clauses de confidentialité. On peut également imaginer dans les deux hypothèses une durée indéterminée, aucune sanction ne semblant devoir frapper ces clauses illimitées ou assorties d'une longue durée. Une restriction doit cependant leur être appliquée dans le cas où les informations confidentielles accéderaient à la connaissance de tous.

Outre le régime de l'exécution de l'obligation de confidentialité, doit également être précisé le régime du manquement à cette obligation contractuelle.

2. Le régime du manquement à l'obligation de confidentialité

445.- La nature incorporelle des informations protégées par la clause de confidentialité complexifie la preuve de l'inexécution de l'obligation ainsi que sa réparation. En effet, il est difficile de prouver que les fuites sont le fait du débiteur de l'obligation. Il est également difficile d'évaluer le préjudice causé par la violation de la clause.

La violation de l'obligation de secret par le débiteur est parfois évidente parce que l'information est si pointue que sa simple circulation la prouve[1194]. Toutefois, souvent, l'information étant accessible à d'autres opérateurs, la preuve de sa circulation n'est pas

[1191] M. VIVANT, *op. cit.* (v. note n°1166).

[1192] *Ibid.*, p. 117.

[1193] E. GASTINEL, *op. cit.* (v. note n°1175).

[1194] B. FAGES, note sous CA Paris, 14 févr. 1997, *JCP éd. G* 1998, II, n° 10000, relevant que dans cette hypothèse, *« le créancier n'aura guère de mal à apporter la preuve de l'inexécution de la clause. Il suffira de montrer que l'information a circulé »*.

suffisante pour démontrer la violation de la clause. Le débiteur a pu obtenir l'information d'une autre source qui avait le droit de la lui communiquer.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 14 février 1997 [1195] illustre le raisonnement des juges. Ils présument dans cette affaire que l'information a été reçue par le débiteur à l'occasion du contrat. , à la charge de celui-ci de prouver qu'il l'a obtenue d'une autre source, et que donc il n'a pas violé la clause de confidentialité.

La faute consiste alors le plus souvent dans l'acte d'exploitation du savoir-faire d'autrui auquel on a accédé. Si cet accès est illégitime, l'exploitation est en elle-même abusive. La responsabilité délictuelle peut alors être engagée[1196]. Si l'accès est légitime, il faut établir que le bénéficiaire des informations a violé une obligation de confidentialité. Dans ce cas, la sanction sera recherchée par l'engagement de la responsabilité contractuelle. Si aucune clause de confidentialité n'est violée, il faudra engager la responsabilité délictuelle[1197].

Cela ne doit cependant pas priver quelqu'un de l'exploitation de l'expérience qu'il a lui-même acquise[1198]. La distinction avec l'exploitation abusive du savoir-faire d'autrui peut alors être délicate[1199].

446.- Enfin, « *le manquement à une obligation de confidentialité conduit souvent à des conséquences économiques dramatiques et définitives. Une fois dévoilée, l'information confidentielle est définitivement perdue et ne peut généralement pas être récupérée* »[1200]. La sanction de la violation de la clause de confidentialité est alors difficile à évaluer. La réparation peut être pécuniaire. « *Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention* »[1201]. Cette réparation peut être prévue par avance par les parties, au travers d'une clause pénale, ou bien prononcée par l'autorité en charge du litige.

[1195] CA Paris, 14 févr. 1997, *JCP éd. G* 1998, II, n° 10000, note B. FAGES.

[1196] De même, il a été jugé qu'un donneur d'ordre qui transmet à un sous-traitant les plans élaborés par un autre commettait une faute engageant sa responsabilité civile : CA Rouen, 13 janv. 1981, *PIBD* 1981, III, p. 62 ; de même, il a été jugé que la seule divulgation du savoir-faire en dehors de l'entreprise était dommageable, indépendamment de l'utilisation qui avait pu en être faite : Cass. Com., 25 févr. 2003.

[1197] Il y a toutefois des hypothèses dans lesquelles on pourra hésiter sur la nature de la responsabilité : v. CA Rouen, 13 janv. 1981, et Cass. Com., 3 juin 1986.

[1198] CA Paris, 4e ch., sect. A, 5 mai 2004.

[1199] P. ex. CA Paris, 29 nov. 1995, *PIBD* 1996, III, p. 109.

[1200] E. GASTINEL, *op. cit.* (v. note n°1175).

[1201] Cass. civ. 1ère, 31 mai 2007, *RLDC* 2008/42, n° 2681, note C. LE GALLOU.

Suite à l'étude du régime protecteur des investissements intellectuels tant recherché par les constructeurs automobiles, il faut à présent étudier le régime proconcurrentiel libéralisant le marché qui devrait équitablement s'appliquer aux accords de sous-traitance automobile.

§2. L'ouverture du marché par le régime des accords de sous-traitance sans transfert de technologie justifié

447.- La communication de 1978 relative aux accords de sous-traitance, malgré son âge avancé, indique comment la Commission européenne entend distribuer les régimes concurrentiels. Les accords de sous-traitance sans transfert de technologie justifié sont alors soumis au régime des restrictions verticales du règlement 330/2010, complété en matière automobile par le règlement 461/2010 (I). Il faut ensuite relever comment se place la pratique des accords de fabrication sous marque de distributeur, très pratiquée en matière automobile, au regard de ce régime.

I. Des accords de sous-traitance sans transfert de technologie justifié soumis au régime général des restrictions verticales

448.- En principe, le contrat devrait être équilibré du seul fait de l'accord de volonté des contractants. Cette expression du « *dogme de l'autonomie de la volonté* »[1202] devrait alors écarter tout contrôle de l'équilibre contractuel. Or ce n'est pas le cas puisque certaines parties contractantes sont parfois en situation de faiblesse. Ainsi, la « *restauration judiciaire de l'équité dans le rapport de droit est poursuivie, parfois avec hardiesse, contre notamment les clauses abusives et la lésion* »[1203].

En identifiant la pratique contractuelle des accords de production automobile, il a été démontré que très souvent ces accords organisaient un transfert de technologie factice destiné à permettre l'application du régime protecteur des accords de sous-traitance. Aussi en l'absence de transfert justifié, le régime applicable à l'accord ne protège plus les droits intellectuels de manière à permettre au sous-traitant d'accéder directement au marché

[1202] A. BENABENT, *op. cit.* (v. note n°929).

[1203] C.H. CHENUT, *op. cit.* (v. note n°954), pt. n°259.

secondaire des pièces de rechange. Le règlement 772/2004 ne pouvant être appliqué, c'est le régime général des restrictions verticales posé par le règlement 330/2010 conforté par le régime automobile du règlement 461/2010 qui a vocation à régir les rapports entre sous-traitant et donneur d'ordre.

Le régime applicable est alors proconcurrentiel et se désintéresse de la protection des investissements du donneur d'ordre[1204]. Il a vocation à s'appliquer tant aux accords de sous-traitance n'organisant pas de transfert de technologie qu'aux accords de sous-traitance organisant un transfert de technologie factice.

Ces investissements, qui ne sont pas des investissements intellectuels puisque n'ont pas été créés des droits intellectuels, ne méritent pas d'être protégés. Ils sont qualifiables d'investissements productifs par opposition aux investissements commerciaux des concessionnaires. Ces deux types d'investissements sont d'ailleurs peu protégés. Ils sont la cible du droit de la concurrence qui en interdisant certaines clauses restrictives de concurrence (par exemple les clauses de non-exploitation…) les prive de toute protection contractuelle.

II. Des accords de fabrication sous marque de distributeur soumis au régime général des restrictions verticales

449.- La Commission européenne méconnaît dans son appréhension du secteur automobile la pratique des marques de distributeurs (MDD). Ces pièces vendues sous la marque du distributeur sont des produits dont le cahier des charges est fixé par celui-ci. Il s'agit tant des caractéristiques commerciales que techniques que le fournisseur doit fabriquer[1205]. Distributeur et fournisseur sont alors liés par « un accord de fabrication sous marque de distributeur » [1206], c'est-à-dire par une relation de sous-traitance dont le régime est commandé au niveau communautaire par la communication relative à la sous-traitance de 1978[1207]. Or ce régime de la sous-traitance est dual, il faut distinguer selon qu'il y ait une communication d'informations techniques ou non.

[1204] Pour une analyse de ce régime, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[1205] Sur ces MDD v. D. FERRIER, *op. cit.* (v. note n°83), pt. n°17.

[1206] C. VILMART, *op. cit.* (v. note n°814).

[1207] *Ibid.*

Soit l'accord est soumis au règlement 772/2004 (cas de la sous-traitance avec transfert de technologie[1208]), soit il est soumis aux règlements 330/2010 et 461/2010 (cas de la sous-traitance sans transfert de technologie).

Les distributeurs, ne disposant pas de bureaux d'études ou de centres de recherches, ne disposent pas de droits intellectuels. Il ne peut donc y avoir de transfert de technologie justifié. C'est bien là l'originalité des MDD. Le distributeur ne dispose d'aucune connaissance technique, mais est assez important économiquement pour diffuser dans son réseau des produits créés pour lui par un sous-traitant, et ce, en concurrence des produits d'autres marques qu'il distribue.

Les MDD constituent donc un écran de fumée devant le consommateur qui ne sait pas vraiment qui est le fabricant de la pièce. Le souhait de la Commission européenne d'accroître la visibilité et la lisibilité des pièces de rechange est par conséquent contrecarré. Effectivement, la pratique de ces accords de fabrication sous marque de distributeur permet, en organisant un transfert fictif de technologie, de soumettre le contrat au règlement 772/2004, ce qui a pour effet de le soustraire des règlements automobiles, les champs d'application des règlements ne pouvant empiéter l'un sur l'autre. Si l'on s'en tient au régime alors applicable, le sous-traitant peut être limité dans sa faculté d'apposer son logo sur les produits fabriqués ou dans sa faculté d'approvisionner d'autres distributeurs ou réparateurs.

[1208] V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

CONCLUSION CHAPITRE 2

450.- La réalisation du marché intérieur favorise le recours à la sous-traitance transnationale. Cela explique l'action favorable menée par la Commission pour développer la sous-traitance en Europe[1209]. Les mesures qui sont prises le sont dans le cadre de la résolution du Conseil invitant à la favoriser[1210] et dans le cadre de la politique en faveur des PME[1211]. Divers textes sont ainsi en lien avec la sous-traitance[1212]. D'ailleurs, la Commission a édité un *« guide pratique des aspects juridiques de la sous-traitance industrielle dans la communauté européenne »*[1213].

Dans le même sens existe la communication de 1978 relative aux accords de sous-traitance. Souvent critiquée pour son ancienneté, elle apporte toujours des réponses intéressantes aux problèmes de la confrontation du droit de la concurrence au droit des contrats et aux droits intellectuels. En effet, ce texte pose une limite entre l'abus de droit intellectuel et son usage normal. Il précise en effet à partir de quel moment un transfert de technologie est justifié, légitimant ainsi la protection intellectuelle. La libre concurrence doit en revanche s'appliquer aux accords ayant un transfert factice de droits intellectuels et aux accords sans transfert de droits intellectuels.

Elle porte par conséquent en elle un intérêt supérieur au règlement 772/2004 pourtant plus récent et donc plus prés des réalités économiques. Ce règlement étant limité à la réalisation du transfert de technologie, il ne précise pas quand est-ce que celui-ci est anticoncurrentiel. Il précise seulement, mais fermement, le régime des accords de sous-traitance avec transfert de technologie.

[1209] Communication de la Commission, 7 août 1989, COM (89) 402 final.

[1210] Cons., 26 sept. 1989, Résol., JOCE, n°C 254, relative au développement de la sous-traitance dans la communauté.

[1211] Cons., 28 juill. 1989, déc. n°89/ 490 JOCE, n°L 239 ; 22 nov. 1990, COM (86) 445 final : « La politique d'entreprise : une nouvelle dimension pour les petites et moyennes entreprises », COM (90) 528 final.

[1212] Sur les garanties et les financements à l'exportation de certaines sous-traitances : Cons., 10 déc. 1982, déc. n°82/854, JOCE, n°L 357 ; sur la promotion de la sous-traitance européenne auprès d'investisseurs de pays tiers installés en Europe : communication, « vers un marché européen de la sous-traitance », Sec. (91) 1286 final, Bruxelles 17 janv. 1992.

[1213] Off. Publ. CE « le contrat de sous-traitance », vol. 1, 1990 : Document d'aide à la rédaction des contrats (avec notamment la comparaison des législations des pays membres).

451.- L’étude de ce chapitre permet de comprendre pourquoi les constructeurs automobiles ont recours à un mandat (même s’il n’est pas qualifié ainsi par les parties qui préfèrent les dénominations sui generis) préalablement au contrat de sous-traitance. Ils acquièrent ainsi la propriété d’éléments (outils spécifiques ou droits intellectuels) qui par la suite permettent d’intégrer aux accords de sous-traitance un transfert de technologie portant sur ces mêmes éléments, ce qui permet au donneur d’ordre de bénéficier d’un régime avantageux. Le transfert de technologie est donc justifié au sens de la communication de 1978 puisque ces éléments existent préalablement au contrat de sous-traitance. Le transfert est cependant factice, injustifié, dès lors que l’on considère l’opération contractuelle d’ensemble.

CONCLUSION TITRE 2

452.- Si en matière de brevet, droits d'auteurs, Dessins & Modèles, la concurrence n'était restreinte que par l'exercice du droit exclusif conféré par le droit de la propriété intellectuelle, la situation serait acceptable. En effet, la majorité de ces droits devraient « naturellement » être détenus par les équipementiers. Ceux-ci, bien que non concurrencés, pourraient alors accéder directement au marché secondaire sans passer par l'intermédiaire du constructeur automobile. Or, l'appropriation contractuelle des droits intellectuels et des outils spécifiques par ceux-ci restreint notablement la fourniture directe des produits.

453.- Le recours au mandat antérieurement à l'exécution du contrat de sous-traitance est responsable de cette appropriation dont les effets sont anticoncurrentiels.

Dans l'accord de fabrication[1214], au lieu de conclure un contrat de sous-traitance (industrielle ou de marché), la partie forte (constructeur ou équipementier) impose un mandat portant sur l'achat d'un outil spécifique (moule, machine particulière…) puis un accord de sous-traitance comportant une licence portant sur l'utilisation par le preneur d'ordre de l'outil. Le régime donné aux droits intellectuels apportés par le donneur d'ordre et par le preneur d'ordre finit de restreindre l'accès des sous-traitants au marché secondaire. Ceux apportés par le donneur d'ordre sont accordés sous licence au preneur dans le cadre exclusif de la réalisation du contrat tandis que ceux apportés par le preneur font l'objet d'une licence gratuite permettant au donneur d'ordre d'avoir entre les mains tous les éléments nécessaires à la prestation. Il peut ainsi faire réaliser les produits contractuels par un autre équipementier que le sous-traitant initial.

Dans l'accord de conception/fabrication[1215], au lieu de conclure un contrat d'entreprise binaire (une phase de conception technologique suivie d'une phase de fabrication), la partie forte impose un mandat pour les opérations de R&D suivi d'un accord de sous-traitance comportant une licence d'utilisation des droits intellectuels (créés lors de la conception) permettant au preneur d'ordre de fabriquer les produits contractuels.

[1214] Identifié chapitre 1 section 1.

[1215] Identification chapitre 1 section 2.

454.- Les autorités communautaires ont tout intérêt à juguler ces pratiques contractuelles. Pour cela, il ne s'agit pas de corriger les textes communautaires. Leur qualité n'est pas remise en cause. Il s'agit de combler un manque réglementaire.

Seuls les accords de sous-traitance font l'objet d'une réglementation communautaire spécifique. Les mandats sont soumis à l'article 101§1 qui s'applique de manière générale à tous les accords sui generis, c'est-à-dire ne faisant pas l'objet d'une réglementation originale. Les textes spécifiques au secteur automobile devraient davantage intégrer ces aspects productifs, quitte à ce que de nouvelles pratiques soient élaborées par les acteurs du monde des affaires et que la Commission les sanctionne au fur et à mesure.

Bien que le droit ne puisse prévoir toutes les hypothèses de pratiques anticoncurrentielles, la Commission européenne s'est cependant lancée dans une appréhension pointue du secteur automobile. Mais il a été démontré dans ce second titre que cette appréhension est insuffisante dès lors qu'elle n'encadre pas les pratiques contractuelles de production automobile. La Commission n'a fait que la moitié du travail. Est alors constatée la faiblesse du règlement n°461/2010 quant au traitement des restrictions de production des équipementiers par les constructeurs.

CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE

455.- Les règlements automobiles ont largement contribué à la libéralisation du marché de l'après-vente automobile, notamment par l'atténuation des réseaux de distribution sélective et par le traitement concurrentiel des droits intellectuels. Si cette démarche n'a pas encore réformé le traitement des brevets et des droits d'auteurs, il semble que ce ne soit qu'une question de temps, la Commission n'étant visiblement pas satisfaite de la situation instaurée par la CJCE[1216]. La pratique contractuelle rend de plus cette évolution nécessaire.

En effet, la nature complexe du bien automobile permet aux constructeurs de restreindre la concurrence. Elle constitue leur ultime arme pour protéger leurs réseaux déjà bien affaiblis. La production des véhicules permet ainsi de restreindre la distribution des pièces de rechange et des services de réparation. La création artificielle de droits intellectuels ainsi que leur réservation abusive par les constructeurs au stade de la production des automobiles permet de circonscrire le marché secondaire des pièces détachées. Ce n'est alors possible que pour des biens complexes dont la fabrication, l'utilisation et la réparation nécessitent l'emploi d'outils ou de pièces protégés par des droits intellectuels. Cette constatation confirme d'ailleurs l'indivisibilité du traitement concurrentiel des accords de production et de distribution des biens complexes.

[1216] Situation résultant des arrêts : CJCE, 5 oct. 1988 (2 espèces), *VOLVO c/ VENG et MAXICAR c/ RENAULT* ; CJCE, 6 avr. 1995, *MAGILL* ; CJCE, 29 avr 2004, *IMS HEALTH*.

CONCLUSION GÉNÉRALE

456.- Actuellement, le règlement n°1400/2002 n'est plus l'unique règlement d'exemption applicable au secteur automobile. S'il reste applicable jusqu'à la date du 31 mai 2013[1217] à l'activité de distribution de véhicules neufs[1218], l'activité de distribution de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien est depuis le 1er juin 2010 régie par le règlement n°461/2010 [1219] (spécifique au secteur automobile) et le règlement n°330/2010[1220](général à toutes les restrictions verticales).

Cette diffraction du régime automobile est la première phase d'un processus de simplification réglementaire destiné à recentrer sur le régime général le mécanisme de l'exemption en matière automobile. Ainsi, le règlement n°461/2010 est un texte très court ne disposant que trois restrictions supplémentaires. L'essentiel de l'analyse d'un contrat se fait donc à la lumière du règlement général.

Cette dualité de sources concorde avec la distinction opérée par cette thèse. D'un côté des dispositions assurant un traitement conjoncturel du secteur automobile (spécificités du marché et déséquilibre contractuel) et qui ont vocation à disparaître[1221]. D'un autre côté des dispositions commandées par la nature du bien automobile et qui ont vocation à s'appliquer aux biens complexes en général.

457.- Le régime des biens complexes, présentés comme l'agrégation d'un bien et de services, résulte actuellement de l'adjonction du règlement général d'exemption et du règlement n°772/2004. Les règlements d'exemption ne sont pas des textes indépendants les

[1217] Article 3 du règlement 461/2010.

[1218] Ainsi, *« après avoir démontré le caractère fortement proconcurrentiel du passage au règlement général (dans son rapport d'évaluation de l'actuel règlement), la Commission le diffère de trois ans, en continuant à soumettre la distribution automobile à un règlement trop rigide produisant d'innombrables effets pervers qu'elle a pourtant mis en lumière »* : L. VOGEL, cité par E. BINOIS, *« Les constructeurs demandent que la distribution automobile soit régie par le règlement général dès 2010 »*, *autoactu.com*, 29 sept. 2009.

[1219] Règlement n°461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur de l'automobile, JOUE L 129 du 28 mai 2010.

[1220] Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE L 102 du 23 avril 2010.

[1221] Sur la critique de la disparition de la protection des distributeurs dans le contrat v. conclusion titre 2, partie 1

uns des autres, même si c'est ce que peut laisser penser leur champ d'application bien défini. Au contraire, ils suivent un fil rouge donnant une cohérence à l'ensemble du dispositif de l'article 101§3 TFUE[1222], définissant ainsi la politique communautaire de la concurrence.

Cette cohérence théorique ne suffit pas toujours à atteindre les résultats escomptés dans un domaine particulier. C'est exactement le cas en matière automobile où la conjugaison du règlement d'exemption général et du règlement d'exemption relatif aux transferts de technologie ne parvient pas à diriger la pratique contractuelle[1223].

La commission européenne semblant prendre conscience de cela en 2002, édicte alors un texte prenant enfin en considération l'existence de droits intellectuels dans le bien automobile et l'adjonction nécessaire de celui-ci à des prestations de service de haute technicité. Mais d'autres mesures conjoncturelles s'ajoutent à ces dispositions qui ont vocation à devenir un régime référentiel pour les biens complexes en général.

458.- Le régime automobile, pollué par de nombreuses dispositions traitant de la conjoncture économique du secteur, sera débarrassé de sa lourdeur en 2013 lorsque le règlement n°1400/2002 arrivera à expiration.

D'une part, le traitement spécifique de la concurrence intermarques et intramarques réservé aux réseaux de distribution automobile par le règlement n°1400/2002 a montré son inefficacité. Constatant cela dans son rapport d'évaluation de 2008, la Commission européenne a décidé de mettre fin, le 31 mai 2013, aux mesures dérogatoires relatives aux parts de marché, au multimarquisme, à la clause d'essaimage, tout en acceptant dès à présent que puissent être mis en place des réseaux de distribution sélective quantitative jusqu'à 40% de parts de marché[1224]

D'autre part, à la différence du règlement n°330/2010, le règlement n°1400/2002 stabilise la relation constructeur/distributeur afin de donner à ces derniers l'aisance nécessaire au développement de leur entreprise[1225]. Ce développement est alors favorablement apprécié par la Commission qui le voit comme un vecteur essentiel d'intégration des marchés et d'accroissement de la concurrence. Malgré cela, elle a décidé de supprimer cette particularité,

[1222] Certains changements dans la politique concurrentielle créent un trouble dans ce système complexe. Il peut s'agir de la refonte de l'architecture des règlements par le règlement n°2790/1999, qui a abouti pendant plusieurs années à la coexistence de règlements d'« ancienne génération « et de règlements de « *nouvelle génération* ».

[1223] V. partie 2, titre 2, chapitre 2.

[1224] Considérant (56) des lignes directrices du règlement 461/2010.

[1225] V. Première partie, titre 2.

comme s'il était devenu dérangeant de protéger davantage un distributeur plus dépendant que les autres, et alors même que les acteurs de la distribution et de la réparation soulignent son intérêt[1226].

Longtemps, la commission a profité du caractère « prototypal » du régime automobile pour prendre des libertés avec l'application du droit de la concurrence aux autres branches du droit. Le droit de la concurrence, qui « *est un droit de l'abus* »[1227], affirme ainsi sa capacité à appréhender l'abus en droit des contrats. Le règlement n°1400/2002 ajoute alors au droit des contrats une strate d'obligation nonobstant toute logique contractuelle, en profitant de sa nature spéciale et transversale[1228].

459.- Le régime automobile ne constitue pas un simple mélange du régime général des restrictions verticales, dont découle le traitement des exclusivités commerciales et du régime spécifique aux transferts de technologie, dont découle le traitement des exclusivités intellectuelles. Entre ces deux régimes, des zones d'ombres laissent libre cours aux constructeurs automobiles pour organiser des pratiques contractuelles anticoncurrentielles. Ce sont ces zones d'ombre que le règime automobile a tenté d'éclaircir. Et malgré la bonne volonté de la commission européenne, cette thèse a identifié deux faiblesses.

D'une part, l'exercice des droits intellectuels et l'application de la théorie des facilités essentielles ne permettent pas la mise en concurrence optimale des opérateurs. L'interférence du droit économique avec la propriété intellectuelle est délicate. Les deux branches étant aussi spéciales l'une que l'autre, il n'est pas possible pour le droit de la concurrence d'ajouter directement des obligations supplémentaires au droit de la propriété intellectuelle comme il le fait avec le droit des contrats.

D'autres moyens ont dû être trouvés pour contraindre les monopoles industriels. Limitée par l'arrêt IMS de la CJCE, la Commission a renversé la charge de la preuve de l'abus de position dominante quant au refus d'accorder des licences sur les informations techniques et les outils spécifiques. Non satisfaite de cette situation quant aux droits des

[1226] CECRA (Conseil Européen du Commerce et de la Réparation Automobile), « Le Règlement 1400/2002 est en faveur du consommateur ! », oct. 2008, accessible sur www.cecra.fr.

[1227] O. BENOIT, « Le droit de la concurrence est un droit de l'abus : brèves observations », *Dr et pat.* 2000, n°83, p. 62. Et plus généralement, v. J. MESTRE, « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », *Dr. et pat.*, juin 2000, n°83, p. 38.

[1228] Cette influence est permise par la relation ascendante liant droit des contrats et droit de la concurrence, ce dernier étant moins spécial que le premier.

dessins & modèles sur les pièces visibles, elle a recherché la modification intrinsèque de la directive relative à leur protection afin de libéraliser le marché secondaire.

Cet ensemble de mesures témoigne du désir de la Commission d'accroître l'appréhension du droit de la propriété intellectuelle par les impératifs de la concurrence. Le monopole conféré par ce droit, destiné à protéger les investissements intellectuels, n'est pas altéré. En revanche est atténué le droit réservataire que ce monopole crée au-delà de l'amortissement.

D'autre part, l'absence de contrôle dans l'application des règles de concurrence du règlement n°772/2004 et de la communication relative à la sous-traitance de 1978 permet aux constructeurs de restreindre la capacité des équipementiers d'agir en tant qu'offreur indépendant sur le marché secondaire de l'après-vente. L'existence d'outils spécifiques, de droits intellectuels, d'obligations de recherche et développement, sont autant de moyens pour restreindre la concurrence. Et bien que la commission en ait conscience[1229], elle ne s'attaque pas au problème. Problème qui ne peut pas non plus être solutionné par les tribunaux qui, en raison du déséquilibre contractuel, n'ont pas de litige à traiter.

La situation reste figée par des pratiques restreignant la capacité des équipementiers d'agir en tant qu'offreur indépendant sur les marchés, et des équipementiers qui outrepassent le contrat puisque dans tous les cas, les constructeurs ne peuvent invoquer devant les tribunaux leurs droits fondés sur ces pratiques anticoncurrentielles.

460.- Après avoir relevé quelles sont les dispositions commandées par la nature complexe du bien automobile, cette thèse en a donc relevé les faiblesses. Partant de là, l'application de ce régime aux biens complexes en général nécessite de les régler. Et cela peut se faire en usant de façon plus appropriée des lignes directrices. Celles-ci, plutôt que de se limiter à des précisions relatives aux accords de distribution automobile, devraient intégrer des considérations relatives à l'application aux accords de production des textes communautaires. Le droit de la concurrence, droit économique, ne peut rester figer sur des considérations règlementaires sans appréhender précisément la pratique contractuelle, qui bien des fois permet de se soustraire de qualifications contractuelles gênantes.

[1229] V. Lignes directrices du règlement 461/2010.

461.- En fin de compte, l'originalité du régime automobile permet de constater le débordement de la politique communautaire de la concurrence[1230] sur la politique industrielle ou de l'innovation[1231]. La crainte de la Commission que des ententes, des associations d'entreprises ou des pratiques concertées ne restreignent le libre jeu de la concurrence l'a conduit à établir des règlements d'exemption envahissants. Les règlements d'exemption de « *nouvelle génération* » ont généré des craintes quant à la place laissée à l'innovation dans les entreprises. La mise en concurrence des ressources fondamentales pour l'amortissement des investissements intellectuels aurait pour conséquence immédiate la réduction de ces derniers. Pourtant, politique de la concurrence et politique de l'innovation vont dans le même sens, celui de l'élaboration d'un environnement favorable à la compétitivité.

La clause de réparation harmonisant au niveau communautaire la protection conférée aux pièces de rechange visibles ne relève-t-elle pas de la politique horizontale de l'innovation ? De même, la normalisation technique préconisée afin de fusionner les marchés ne favorise-t-elle pas à la fois la concurrence entre fournisseurs et la distribution raisonnée des investissements ?

Le balancement que les autorités communautaires doivent opérer entre protection des investissements et concurrence est donc délicat à trouver et relève de manière générale de l'articulation opérée entre les deux politiques communautaires, de la concurrence et de l'innovation. L'étude faite des interférences du droit de la concurrence avec le droit de la propriété intellectuelle illustre le fait que la politique communautaire de la concurrence est une source de la politique communautaire de l'innovation. Le régime de distribution des biens

[1230]L'exemption n'est pas un simple mécanisme de mise en œuvre de l'article 101§1 du TFUE. C'est un outil de la politique communautaire de la concurrence dont l'intérêt est bien supérieur au simple allégement de la charge de la Commission européenne. Il fixe le degré de sévérité du traitement des restrictions de concurrence et détermine donc quelle liberté est laissée aux opérateurs économiques. V. C.-D. EHLERMANN, « La modernisation de la politique antitrust de la CE : une révolution juridique et culturelle », *RDUE*, 2000, n°1, p. 1 ; L. BOIX-ALONSO, *op. cit.* (v. note n°1099) ; P.-L. LOUIS, « Le nouveau règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie : une modernisation et une simplification », *Cah. dr. eur.*, 2004, n°3/4, p. 377 ; J.-C. GAILLOUX, « Le règlement 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 à des catégories d'accords de transfert de technologie », *Prop. Intell.*, janv. 2005, n°14, p. 4 ; L. IDOT, « Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », *P. Aff*, n°*22, 1er févr. 2005, p. 5* ; L. IDOT, « La qualification de la restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 §3 », in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006.

[1231] Sur cette politique : J.-L. BEFFA, « Pour une nouvelle politique industrielle *», La doc. fr.*, 2005 ; D. GERADIN et N. PETIT, « *La politique industrielle sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit communautaire de la concurrence », Working Paper 2006*, *wwww.ieje. net* ; A. BUZELAY, « La politique industrielle européenne : quelle signification ? », *Rev. Marché Commun*, 2006, p. 10.

complexes relève donc d'une politique horizontale de la concurrence[1232] qui influence de manière réciproque la politique horizontale de l'innovation.

De manière réciproque, mais pas de manière antagoniste. Un même texte étant susceptible de poursuivre à la fois des objectifs de mise en concurrence et d'incitation à l'innovation. À titre d'illustration, la clause de réparation permet l'amortissement des investissements intellectuels sur le marché primaire de l'incorporation aux véhicules automobiles. Elle ne décourage donc pas l'innovation, mais permet la mise en concurrence des équipementiers d'origine avec des équipementiers tiers.

462.- Il existe donc une politique industrielle négative résultant de la politique de la concurrence. Cette politique de l'innovation illustre l'idée que les entreprises sont les mieux à même de gérer et d'encourager les projets innovants. Concurrence et innovation sont toutes deux porteuses de croissance, de compétitivité et de progrès économiques[1233], il faut par conséquent suivre le chemin d'une articulation raisonnée de la politique de la concurrence avec la politique industrielle afin de créer un système structuré vecteur d'efficience économique.

[1232] Celle-ci est entendue comme la politique d'accroissement de la concurrence par la mise en concurrence des opérateurs.

[1233] A. PAPPALARDO,, « Politique communautaire de concurrence et progrès technologique », *RIDE*, 1986, n°1 : Selon A. PAPPALARDO, l'absence d'une politique communautaire en matière de recherche et de diffusion des connaissances favorisait la dispersion des efforts nationaux en matière de financement.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITES, MANUELS & COURS

AUBRY C. et RAU C.,
Cours de droit civil français, T. IV, 1871.

AZÉMA J., BESNARD GOUDET R., VIENNOIS J.-P.,
Dictionnaire de droit des affaires, Ellipses, 2007.

BEHAR-TOUCHAIS M.et VIRASSAMY G.,
Les contrats de distribution, LGDJ, 1999.

BENABENT A.,
Droit civil, Les obligations, *11e* éd., LGDJ, Montchrestien, 2007.
Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 8e éd., Montchrestien, 2008.

BRAULT D.,
Droit et politique de la concurrence, Economica, 1997.

CAPUL J.Y. et GARNIER O.,
Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, Hatier, 2005.

CARBONNIER J.,
Droit civil, T.II.

COLLART-DUTILLEUL F.et DELEBECQUE P.,
Contrats civils et commerciaux, 8e éd., Dalloz, 2007.

COMBE E.,
La politique de la concurrence, La découverte, 2002.

CORNU G.,
Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, PUF, 2007.

DECOCQ A.et DECOCQ G.,
Droit de la concurrence interne et communautaire, 2e éd., LGDJ, 2004.

FARJAT G.,
Droit économique, PUF., 1982.

FERRIER D.,
Droit de la distribution, 5e éd., Litec, 2009.

FRANCOIS J.,
Les obligations, Régime général, 1er éd., Economica, 2000.

FRISON-ROCHE M.A.et PAYET M.S.,
Droit de la concurrence, 1ère éd., Dalloz, 2006.

GOLDMAN B., LYON-CAEN A.et VOGEL L.,
Droit commercial européen, 5e éd., Dalloz, 1994.

GRYNFOGEL C.,
Droit communautaire de la concurrence, 3e éd., LGDJ, 2008.

HUET J.,
Les principaux contrats spéciaux, *in* Traité de droit civil, 2e éd., LGDJ, 2001.

MALAURIE PH. et AYNES L.,
Les obligations, 10e éd., Cujas, 1999.

MALAURIE PH., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK PH.,
Les obligations, 4e éd., Defrénois, 2009.

POLAUD-DULLIAN F.,
Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 2001.

PORCHY-SIMON S.,
Droit civil 2e année, Les obligations, hypercours, 6e éd., Dalloz, 2010.

PUIG P.,
Contrats spéciaux, hypercours, 3e éd., Dalloz, 2009.

SERIAUX A.,
Droit des obligations, 2e éd., PUF, 2006.

TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y.,
Les obligations, 9e éd., Dalloz, 2005.

OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES

AMIEL-COSME L.,
Les réseaux de distribution, LGDJ, 1995.

AYNES L.,
La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Economica, 1983.

AZEMA J.,
La durée des contrats successifs, th. LGDJ, 1969.

BARBIERI J.-J.,
Vers un nouvel équilibre contractuel. th. Toulouse, 1981.

BILLIAU M.,
La transmission des créances et des dettes, LGDJ, 2002.

BITSCH M.-T.,
Histoire de la construction européenne, Complexe, 2008.

BOYER R. et FREYSSENET. M.,
Les modèles productifs, La Découverte, 2000.

CABRILLAC R.,
L'acte juridique conjonctif en droit privé français. T. 213, LGDJ, 1990.

CHENUT C.H.,
Le contrat de consortium, LGDJ., 2003.

CLAUDEL E.,
Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, th. Paris X-Nanterre, 1994.

COHEN D.,
Le nouveau droit des Dessins & Modèles, 3e éd., Economica, 2009.

CREMIEUX M.,
Le secret des affaires, *in L'information en droit privé*, LGDJ, 1978.

DARMON G.,
Le contrat de coopération interentreprises, th. Aix-Marseille 1998.

DEZOBRY G.,
La théorie des facilités essentielles, th. Paris, L.G.D.J, 2009.

DUBOIS C.,
La distribution automobile et la politique européenne de concurrence, l'Harmattan, 2003.

DUSSAUGE P.et GARRETTE B.,
Les stratégies d'Alliance, Organisation, 1995.

FABRE R.,
Le know-how, Sa réservation en droit commun, Litec, 1976.

FARJAT G.,
L'ordre public économique, th. Dijon, LGDJ 1963.

FLOUZAT D. et PONDAVEN C.,
Les fonctions économiques, *Économie contemporaine*, t. 1, 19e éd., PUF, 2004.

GARAUX E.,
La transparence en matière commerciale, th. Limoges, 1995.

GHESTIN J., JAMIN C. et BILLIAU M.,
Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2001.

GOUBEAUX G.,
La *règle de l'accessoire en droit privé, Étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, th. Nancy, LGDJ 1969, Bibl. dr. privé t. 93.

GRILLET-PONTON D.,
Essai sur le contrat innommé, th. Lyon III, 1982.

GRIGNON Ph.,
Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce, Litec, 2000.

HOUIN B.,
La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, th. Paris II, 1973.

ISMAILOW-NOUALS C.,
La distribution automobile et le règlement 1400, th. Toulouse, 2007.

JACHMIG-JOLY P.,
La garantie des vices cachés. Essai de théorie générale, th. Paris II, 1997.

JAMIN Ch. et MAZEAUD D.,
L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999.

KNIEBIHLER M. J ., CHIEUX T.,
Vers une nouvelle distribution automobile, MJK conseil, 2000.

LEBRETON S.,
L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Litec 2002.

LEFEBVRE F., **(Rédaction),**
Mémento pratique, droit des affaires, concurrence consommation, F. Lefebvre, 2009/2010.

LÉVÊQUE F. et MÉNIÈRE Y.,
Économie de la propriété intellectuelle, La découverte, 2003.

LEYGUES J.-C.,
Les politiques internes de l'Union européenne, LGDJ, 1994.

LITTY O.,
Inégalité des parties et durée du contrat, Bib. dr. priv., t.322, préf. GHESTIN J., LGDJ, 1999.

LIVIAN Y.-F.,
Organisation, Théories et Pratiques, 4e éd., Dunod, 2008.

MAGNIN F.,
Le know-how, Litec, 1973.

MAILY J.,
La normalisation, 2e éd., Dunod, 1946.

MAINGUY D.,
La revente, Bibl. dr. entr. t. 35, Litec 1996.

MERCADAL B.,
Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle, t. 10, DPCI, 1984.

MESTRE J.,
Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution in La cessation des relations contractuelles d'affaires, *PUF Aix*, 1997, p.13.

MODERNE F.,
La sous-traitance des marchés publics, Dalloz, 1995.

MOUSSERON J.-M. et RAYNARD P.,
Technique contractuelle, 4e éd., F. Lefebvre, 2010.

NERET J.,
Le sous contrat, LGDJ, 1979.

PAILLUSSEAU J.,
Les contrats d'affaires in Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987.

PENNEAU A.,
Règles de l'art et normes techniques, LGDJ, 1989.

PETEL-TEYSSIER Y.,
Les durées d'efficacité du contrat, th. Montpellier 1994.

POISSONIER D.,
La politique de la concurrence et le droit des contrats, th. Montpellier, 2006.

PUIG P.,
La qualification du contrat d'entreprise, th. Paris Panthéon Assas, LGDJ, 2002.

REBOUL Y.,
Les contrats de recherche, Litec, 1978.

SABLIER B., CARO J.E., ABBATUCCI S.,
La sous-traitance dans la construction : guides juridiques, 6e éd., *Le Moniteur*, 2007.

SAINT-ALARY R.,
Le secret des affaires en droit français, *in Le secret et le droit*, Ass. H. Capitant, 1974.

SHIMIZU K.,
Le Toyotisme, la Découverte, 1999.

TEYSSIE B.,
Les groupes de contrats, LGDJ, 1975.

TOURNEAU (Le) P.,
La concession commerciale exclusive, Economica, 1994.

VIENNOIS J.-P.,
La distribution sélective, Litec, 1999.

VIGNAL N.,
La transparence en droit privé des contrats (approche critique de l'exigence), PUAM, 1998.

VIOLET F.,
Articulation entre la norme technique et la règle de droit, th. Lyon III, 2001.

VIRASSAMY G.,
Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, LGDJ, 1986.

VIVANT M.,
Les clauses de secret, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990.

VOGEL L. et VOGEL J.,
Droit de la distribution automobile, LawLex, 2004.
Droit de la distribution automobile II, Lawlex, 2006.

WAGNER J.,
La Méthode de distribution par concessionnaires et son application dans l'industrie automobile, Genève, Georg & Cie, 1967.

ZOIA M.,
L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux, th. Toulouse, 1999.

ARTICLES, CHRONIQUES & RAPPORTS

ABDELGAWAD W.,
« L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE », *Rev. arbit.* 2004, p. 253.

AFCHAIN M.-A.,
« Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents », *JCP* éd. *E* 2007, n°9, p. 25.

AFNOR,
« Normalisation française. Renseignements généraux et administratifs », AFNOR, janv. 1967.
« Rapp. D'activité de l'AFNOR pour l'année 2009 », disponible sur le site *www.groupe.afnor.org*.

ALLAL-CHERIF O. et FAVIER M.,
« Le modèle économique des places de marché électroniques. Du transactionnel au collaboratif », *Rev. fr. gest.* n°81, 2008.

ANADON C.,
« Rapport sur le fonctionnement du règlement n°1/2003/CE », *RLDA* juin 2009, n°39, p. 46.

ARCELIN-LECUYER L.,
« L'entreprise et le groupe de sociétés en droit communautaire de la concurrence : de l'unité économique à la représentation unique », *Lamy aff*. avr. 2010, n°48, p. 57.

ARHEL P.,
« Restrictions verticales : alignement partiel du secteur de l'automobile sur le régime général », *Cont. conc. consom.,* 2010, n°8-9, p. 12.
« Révision des restrictions horizontales », *JCP* éd. *E* 2010, n°20.
« Le nouveau règlement « accord de transfert de technologie » », *JCP* éd. *E* 2004, n°19, p. 733.
« Vers l'adoption d'un nouveau règlement « automobile » », *P. Aff.* n°64, 29 mars 2002, p. 7.
« Le nouveau règlement automobile est arrivé », *Cont. conc. consom.* 2002, n°19, p.4.
« Les lignes directrices sur les restrictions verticales », *JCP* éd. *E* 2000, n°29.
« Les conditions générales de vente », *Conc. consom.* 1993, n°74, p. 11.

ARONICA C.,
« Le contenu du règlement automobile dans le domaine de la réparation et de l'entretien automobile », *P. Aff.* n°239, 29 nov. 2002, p. 20.

ARONICA C. et BOURE C.,
« Point de vue des équipementiers », *Cah. dr. entr.* 2002, n°5, p. 13.

AUTOEXPERT (Rédaction),
« La clause de réparation : « enjeu économique et social » », *www.autoexpert.fr,* 2009.

AUBERT de VINCELLES C.,
« Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, n°3, p. 663.

AVIGNON S.,
« Les codes de conduite sont-ils devenus des outils du management international ? le regard du juriste », *RDAI* 2007, n°3, p. 335.

AYNES L.,
« Introduction, *in* contrats, questions d'actualité », *P. Aff.*, 5 mai 2000, p.3.
« Motivation et justification », *RDC* 2004, n°2, p. 555.

AZEMA J.,
« Externalisation et propriété industrielle », *P. Aff.* n°147, 9 déc. 1998, p. 33.
« Application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE à des accords de transfert de technologie », *Lamy dr. com*., juill. 2004, n°168, p. 1.
« L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur l'exploitation des inventions », *Lamy dr. com*., 2009, p. 2050.

AZOULAY N. et WEINSTEIN O.,
« Les compétences de la firme », *REI*, 4e trim. 2000, n°93, p. 117.

BANVILLE (de) E. et CHANARON J.-J.,
« Du fordisme au toyotisme », *La doc. fr.*, 1990.
« Le système automobile français : de la sous-traitance au partenariat ? Éléments pour une problématique », *CPE-Etude* n°56, mars 1985.

BANVILLE (de) E.,
« Le développement du partenariat industriel », *REI*, n°47, 1989, p. 125.

BARANES E.,
« Quelles justification économique du double seuil en parts de marché ? », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 16.

BARBET P.,
« Distribution automobile en Europe et concurrence, le point de vue de l'économiste », *Conc. consom.*, janv.-mars 2005, n°141, p. 12.

BARBIERI J-J.,
« Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC* 2006, n°2, p. 621.

BARREIRO E.,
« Coordination des activités innovantes et transformation de l'industrie. L'exemple du common rail dans l'industrie automobile », *CAIRN,* 2005/2, n°22, p. 205.

BARTHELEMY J.,
« Le management de la PME », *Cah. dr. entr.* 2002, n°6, p. 17.

BARTHELEMY J. et DONADA C.,
« Décision et gestion de l'externalisation : Une approche intégrée », *Rev. fr. gest.* Oct. 2007, n°177, p. 101.

BARTHET M.-C.,
« Vingt normes qui transformèrent le monde « , *Rev. Enjeux*, n°200, janv. 2000, p. 80.

BASEDOW J.,
« La renationalisation du droit de la concurrence », *RAE* 2001-2002, p. 92.
« La concurrence est-elle menacée en Europe ? », *D.* 2008, p. 272.

BAUDRY B.,
« La question des frontières de la firme, incitation, et coordination dans la firme-réseau », *RE*, n°2, mars 2004, p. 247.

BAZEX M.,
« Entre concurrence et régulation, la théorie des « facilités essentielles » », *Conc. consom.* janv.-févr. 2001, n°119, p. 37.

BEER C. J.,
« L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français », *Mélanges* TEITGEN, 1984., p.1.

BEFFA J.-L.,
« Pour une nouvelle politique industrielle *»*, *La doc. fr*., 2005.

BEHAR-TOUCHAIS M.,
« Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations) », *RDC* 2004, n°3, p. 870.

BENABENT A.,
« Contrat d'entreprise », *Fasc.* 425, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, 11,1992.
« Sous-traitance des marchés des personnes privées », *Fasc.* 1450, *J.-Cl. Contrats – Distribution*, 11, 2001.

BENOIT O.,
« Le droit de la concurrence est un droit de l'abus : brèves observations », *Dr. et pat.* 2000, n°83, p. 62.

BENTEYN T. et CARLI P.,
« Droit de la concurrence dans le secteur automobile, variations linguistiques sur un règlement communautaire », *JCP* éd. *E* 2003, n°28-29, p 1163.

BENZONI L.,
« La place de marché est-elle proconcurrentielle ? », *At. de la conc.*, DGCCRF, *www.minefe.gouv.fr ; Conc. consom*. Mai juin 2001, n°121, p. 7.
« L'utilité des outils économiques », *Conc. consom*. Juill. Août 2003, n°134, p. 13.
« Fondements de l'analyse économique des restrictions verticales », *Conc. consom.*, janv.-mars 2005, n°141, p. 7.

BERNARREAU L.,
« Droit communautaire et droit des contrats : perspectives d'évolution », *Cont. Conc. consom.* déc. 2001, p. 5.

BERTIN R.,
« Les constructeurs automobiles employeurs potentiels des salariés de leurs concessionnaires », *Lamy dr. éco.* mars 2002, bull. A, p. 1.
« Analyse des conditions de sélection de leurs réseaux par les constructeurs automobiles à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement 1400/2002 du 31 juill. 2002 », *D.* 2003, chr. p. 1150.

BIANCONE K. et MARTION A.-C.,
« Traitement des ventes en ligne », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 49.

BILLAU M.,
« Cession de contrat ou délégation de contrat? », *JCP* 1994, I, 3758n, n°3.

BINOIS E.,
« Mercedes intègre internet dans son service après-vente », *autoactu.com*, 25 juin 2006.
« Pourquoi les concessionnaires craignent-ils le passage du secteur automobile sous le règlement général? », *autoactu.com*., 9 juill. 2009.
« Les constructeurs demandent que la distribution automobile soit régie par le règlement général dès 2010 », autoactu.com. Com, 29 sept. 2009.
« Doyen mise sur le concept de la franchise pour conquérir la France », *autoactu.com*, 19 oct. 2009.
« Speedy propose une révision, « mieux qu'une révision constructeur » », *autoactu.com*, 8 juin 2010.
« P. CESARINI : « la réglementation ne devait plus se focaliser sur la relation entre constructeur et distributeur » », *autoactu.com*, 8 nov. 2010.

BITAN H.,
« Le droit des bases de données », *Prop. Intel*. 2008, n°27, p. 164.

BLAISE J.-B.,
« Propriété industrielle et droit communautaire de la concurrence : une réconciliation ? » , *in liber amicorum* G. BONET, *Droits de propriété intellectuelle*, Litec, 2010.

BOIX-ALONSO L.,
« L'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie **»,** *At. de la conc*. 10 déc. 2003 ; *Conc. consom*. Juill. Août. Sept. 2004, n°139, p. 29.

BOIZARD M.,
« Droit communautaire », *Rép. com. Dalloz*, 15 avr. 1992, p.1.

BOLLEE S.,
« La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arbit.* 2005, n°4, p. 917.

BONHOMME R.,
« Sous-contrat et co-contrat », *Fasc. J.-Cl.* Contrats – Distribution n°105, 11,2004.

BORDENAVE G.,
« Le modèle fordien et son espace », *GERPISA*, Juin 1992.

BOSCO D.,
« De l'art de réformer sans réformer tout en réformant », *Cont. conc. consom*., oct. 2009, n°9, p. 1.

BOULOC B.,
« Le secret des affaires », *Dr. prat. com. int.* 1990, p. 6.

BOURGEOIS P. et ESTIVAL L.,
« Les équipementiers en mutation », *cah. ind.* mai 1999, n°47, p.17.

BOURGEON C., VAN EECKHOUT A. et HUHTAMAKI M.,
« Protection contractuelle des distributeurs, Proposition de modification de la directive 86/653/CEE du Conseil », *RDC* 2008, n°3, p. 949.

BOURGEON C. et VAN. EECKHOUT A.,
« La prise en compte des investissements dans la résiliation abusive des contrats de distribution », *RDC* 2004, n°4, p. 1107.

BOURGEON C.,
« Point de vue des concessionnaires », *Cah. dr. entr.* 2002, n°5, p. 8.
« Le règlement CE n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ? », *Gaz. Pal.* 2-4 mars 2003, p. 31.
« Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005, n°1, p. 109.
« L'impact du règlement automobile sur les structures de la distribution : le point de vue du juriste », *Conc. consom.* janv.-mars 2005, n°141, p. 16.
« Observations sur le rapport d'évaluation de la commission sur le règlement n°1400/2002 d'exemption », *RLDA* déc. 2008, n°33, p. 59.

BOURUET-AUBERTOT I.,
« La cession de contrat : bilan et perspectives », *D. aff.* 1999, n°156, p. 578.

BOY L.,
« Les « utilités » du contrat », *P. Aff.*, 10 sept.1997, p. 3.
« La valeur juridique de la normalisation », *in Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 183.

BRETZNER J.-D.,
« Le boycottage face à l'«impérialisme » du seuil de sensibilité », *D. aff.* 2000, n°28, p. 441.

BROCARD P. et DONADA C.,
« La chaîne de l'équipement automobile, une accélération technologique », *4 pages des statistiques industrielles*, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, sept. 2002, n°164.

BURST J.-J. et KOVAR R.,
« Droit de propriété industrielle et droit de la concurrence : d'utiles précisions données par la Cour de justice des Communautés européennes », *Gaz. Pal.* 1983, 2, doct., p. 407.

BURST J.-J. etREBOUL Y.,
« Le précédent de 1988 », *JCP éd. E*, 16 janv. 1997, n° 3, p. 8.

BUZELAY A.,
« La politique industrielle européenne : quelle signification ? », *Rev. Marché commun*, 2006, p. 10.

CABRILLAC M.,
« Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges* dédiés à G. MARTY., 1978 : n°24 p.251.

CAILLOUX J-P. et ROQUILLY C.,
« Assurer la sécurité juridique de sites web », *Lamy-Les-Echos*, 2001 p 93.

CALVI R., BLANCO E. et KOIKE T.,
« Coopérer en conception pour améliorer les supply chains de demain Un défi pour les entreprises virtuelles », *Rev. fr. gest.* 2005/ n°3.

CANDE (de) P.,
« La directive n°98/71/CE du 13 octobre 1998 du parlement européen et du conseil sur la protection juridique des dessins et modèles », *D. aff.* 1999, n°143, p. 10.

CARBONNIER J.,
« Droit civil» T.II, n°115, p.388.

CARON C.,
« Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle », *RDC* 2007, n°3, p. 1001.

CASTAGNON N.,
« Internet et réseaux de distribution, lequel des deux contractants doit-il solliciter l'autorisation de l'autre pour créer un site internet ? », *Cont. Conc. consom.* oct. 2003, p. 12.

CECRA (Conseil Européen du Commerce et de la Réparation Automobile),
« Le Règlement n°1400/2002 est en faveur du consommateur ! », Oct. 2008, accessible sur le site internet du *CECRA*.

CGP (commissariat général au plan),
« Le dispositif français de normalisation, *Rapp. au Gouvernement*, *La doc. fr*, 1997.

CHAGNY M.,
« L'empiétement du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RDC* 2004, n°3, p. 861.
« Les enchères inversées à distance », *JCP* éd. E 2005, I. 173, n°4.
« Régime de la rupture des contrats de distribution automobile », *JCP éd. E* 8 févr. 2007, n°6, 1178.
« La réforme des règles communautaires de concurrence applicables aux restrictions verticales : adaptation plutôt que révolution », *Lamy dr. conc*. 2009, n°20, p. 17.

CHALTIEL F.,
« La marque communautaire à la recherche de sa définition, à propos de l'appellation TDI », *Rev. Marché commun*, 2004, p. 597.

CHAMPAGNE X.,
« Kia offre une garantie 7 ans/150 000 km sur toute sa gamme », *autoactu.com*, 06 janv. 2010.

CHAMPALAUNE C.,
« La réforme de l'exemption des « accords automobiles » au regard du droit des contrats », *Cah. dr. entr.* 2003, n°5, p. 15.

CHANARON J.-J.,
« Situation et perspectives de l'industrie automobile mondiale à l'horizon 2000 et les conditions du partenariat constructeurs-fournisseurs », *in Partenariat Standard Product Industriel*, 22 févr. 1995.
« L'évolution des rapports constructeurs équipementiers », Conférence de l'Observatoire Des Métiers, *GERPISA* , 1997.
« La coordination des compétences et des connaissances dans l'industrie automobile, les relations entre le cœur et la périphérie du système automobile européen. », *GERPISA*, 2002.

CHANTRE S.,
« Quelle place pour le distributeur automobile au lendemain de l'adoption de nouvelles règles communautaires de la concurrence ? », *GERPISA*, 2003.

CHEVALLIER J.-E.,
« Les conséquences de l'action rédhibitoire pour vices cachés à travers l'exemple du secteur automobile », *RTD Com* 2010, n°2, p. 231.

CHEVRIER E.,
« Rôle du tiers expert ou de l'arbitre lors de la résiliation pour réorganisation du réseau de distribution automobile », *D.* 2000, p.402.
« Pas d'aide à la reconversion des concessionnaires déchus ! », *D.* 2002, p.1754.

CHIRON P.,
« Le secteur automobile dans le monde et ses perspectives », *Eurostaf*, sept. 2006.

CLAUDEL E.,
« Responsabilité des distributeurs hors réseaux », *RTD com.* 2001, n°4, p.881.
« Distribution sélective et internet sont-ils compatibles ? », *RTD com.* 2006 p. 575.
« Distribution sélective et vente en ligne », *RTD com.* 2010, p. 81.

CLAY T.,
« Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2008, p. 180.

COLLARD C. et ROQUILLY C.,
« Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implications en droit communautaire de la concurrence », *P. Aff.* n°67, 3 avr. 2002, p. 4.

COLLART-DUTILLEUL F.,
« La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC* 2006, n°2, p. 604.

COLOMBET S.,
« La brevetabilité des logiciels : Un nouveau pont entre le droit d'auteur et la propriété industrielle », *JCP* éd. *E* 2001, n°30, p. 1253.

CONDOMINES A.,
« La pratique des enchères inversées au regard du droit économique : stimulateur de concurrence ou abus de puissance d'achat ? », *P. Aff.*, n°216, 29 oct. 2003, p. 6.

CORIS M.,
« Les Consortiums Ouverts : une nouvelle approche pour la standardisation des logiciels ? », *REI* 2006, 4e trim., n°116, p. 105.

CORNU G.,
« L'évolution du droit des contrats en France », *RID Comp*. 1979, n°spécial, p. 447.

CRDE (centre de recherche en droit économique) de Nice-Sophia Antipolis,
« Le droit économique aujourd'hui », *D.* 2010, p. 1436.

COT J.-M.,
« Les enjeux de la réforme : le point de vue d'un juriste », *Conc. consom*. Juill-aout 2001, n°122, p. 13.

DANG N'GUYEN G.,
« Internet et la délimitation des marchés pertinents : un point de vue économique », *Conc. consom*. Mai juin 2001, n°121, p. 21.

DAVERAT G.,
« Réflexions sur une tentative de génocide économique », *Gaz. Pal.* 1984, n°1, doctr., 84.
« Approche administrative et judiciaire actuelle de la distribution sélective dans le secteur de l'automobile. Étude comparée États-Unis – Communauté européenne », *RTD com.* 1985, p. 645.

DAVID P.A.,
« Les standards des technologies de l'information, les normes de communication et l'État : un problème de biens publics », *in Analyse Économique des Conventions*, PUF, 1994, p. 249.

DECOCQ G.,
« Réglementation des enchères à distance », *Comm, com. élec* : 2005, n°175.

DELESALLE D.,
« Restrictions caractérisées et restrictions exclues », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 45.

DENOIX M. et KLARGAARD O.,
« La politique de la concurrence dans l'Union européenne », Fond. R. SCHUMAN, *Questions d'Europe*, n°52, 19 févr. 2007.

DINANT J.-M.,
« Les traitements invisibles sur l'internet », *www.droit .fundp.ac.be*.

DREYFUSS-NETTER F.,
« Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.*, 1990, p. 369.

DUBOUT H.,
« Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », *Bull. Joly Soc*. 1992, p. 722.

DUMAS A.,
« Les standards B2B : lentement, mais sûrement », *Mag. enq*., 7 nov. 2003.

DERCLAYE E.,
« Droits de propriété intellectuelle sur l'information et pouvoir de marché : comparaison entre protections européenne et américaine des bases de données », *Prop. Intell*., janv. 2007, n°22, p. 19.

DESBOIS H.,
« Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le traité du Marché Commun », *in Mélanges* ROUBIER, 1961, p. 425.

DEVAUX J.F.,
« Le point sur la nature de la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage ». *P. Aff.* 30 juin 1997, p. 23.

DGCCRF (rédaction),
« L'automobile, un vaste marché aux enjeux multiples », *Conc. consom*. Avr. Mai. Juin 2008, n°159, p. 21.
« L'automobile, précisions sur la garantie », *Conc. consom*. Avr. Mai. Juin 2008, n°159, p. 23.
« L'automobile, L'avenir du règlement d'exemption », *Conc. consom*. Avr. Mai. Juin 2008, n°159, p.21.
« L'automobile, Les prestations d'entretien-réparation », *Conc. consom*. Avr. Mai. Juin 2008, n°159, p. 24.

DHONT-PELTRAULT E. et PFISTER E.,
« L'externalisation de la R&D », Ministère Education nationale, 2006.

DOUGIER E.,
« Existence, validité et portée de la convention d'arbitrage : tribunaux arbitraux ou juridictions étatiques ? », *RDAI* oct. 2005, n°5, p. 680.

DREYFFUS J.-D.,
« Le programme Galileo, « laboratoire » du partenariat public privé communautaire », Rev. eur, n°4, avr. 2006, p. 4.

DREIFUSS-NETTER M.,
« Droit de la concurrence et droit commun des obligations», *RTD civ.* 1990, n°3, p. 369.

DRUMMEN J-B.,
« Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la concurrence », *JCP* éd. *E* 2010, n°18-19, p. 1443.

DURAND J-P., BERGGREN C., NOMURA M. et LUNG Y.,
« Des réalités du toyotisme », *GERPISA*, 1993.

EECKMAN P.,
« Les déclarations d'inapplicabilité « par catégorie » en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité de Rome et le règlement n°17 du Conseil », *Ing.-Cons*., 1963, p. 22.

EHLERMANN C.-D.,
« La modernisation de la politique antitrust de la CE : une révolution juridique et culturelle », *RDUE*, 2000, n°1, p. 1.

ENCAOUA D. et GUESNERIE R.,
« Politiques de la concurrence », *La doc. fr*, Conseil d'Analyse économique, 2006, p. 151.

ÉRÉSÉO N.,
« L'actualité du droit de la distribution (titre IV et ententes) », *P. aff.*, 17 déc. 2009, n°251, p. 6.
« L'actualité du droit des pratiques restrictives de concurrence », *P. aff.*, 21 oct. 2010, n°210, p. 33.

ETTIGOFFER D. et VAN BENEDEN P.,
« Les modèles d'entreprises créateurs de valeur », *in Le réseau d'entreprises : forme d'organisation aboutie ou transitoire*, *Village Mondial*, 2000.

FABRE R.,
« Le prêt à usage en matière commerciale », *RTD civ.* 1977, p. 202.

FABRE-MAGNAN M.,
« L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Mélange* GHESTIN J., *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 301.
« Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, n°2, p 573.

FARJAT G.,
« La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, T. 37, 1992.

FAVRE C.,
« Les défis de la mise en œuvre : une compétence élargie pour les juges », *Conc. consom*. Juill-aout 2001, n°122, p. 21.

FAUVARQUE-COSSON B.,
« L'arbitre et le droit européen des contrats », *RAE* 2005, n°2, p. 271.

FERRÉ D.,
« La réforme de l'exemption des « accords automobiles » au regard de la propriété intellectuelle », *JCP éd. E* 2003, *Cah. dr. entr.* n°5, p. 23.
« Distribution automobile : La Commission européenne met fin à l'exemption automatique des « clauses de localisation » dans les contrats de distribution automobile », *concurrences*, 2005, n° 4.
« Restrictions verticales : La Commission européenne adopte le nouveau règlement d'exemption en matière de restrictions verticales de concurrence (Règlement n°330-2010) », ***concurrences***, avr. 2010, n° 2.

FERRE D. et ARONICA C.,
« La question des pièces détachées automobiles à la lumière du Droit de la concurrence et des Droits de propriété intellectuelle », *Le distri. auto.*, oct. 2005.

FERRÉ D. et ÉRÉSÉO N.,
V° « Automobile règlement n°1400-2002 », *Rép. comm. Dalloz*.

FERRIER D.,
« Les effets cumulatifs de réseaux », *Cah. dr. entr.* 1999, n°5, p.7.
« La distribution sur internet », *JCP* éd. *E* 2000, *Cah. dr. entr.* n°2, p. 16.
« Le revendeur parallèle ne saurait être tenu d'établir la preuve de l'approvisionnement licite de son propre fournisseur et peut faire état auprès de sa clientèle de la garantie offerte par le concédant », *D.* 2001 p.298.
« La coexistence des canaux de distribution », *at. de la conc.*, 14 mars 2001, accessible sur *www.minefe.gouv.fr ; Conc. consom*. Mai juin 2001, n°121, p. 16.
« Le concédant n'est pas tenu d'assister le concessionnaire en vue de sa reconversion après la fin du contrat », *D.* 2002, p. 3008.
« Le nouveau règlement « automobile », après le règlement général « accords verticaux », avant un nouveau règlement « transfert de technique » », *JCP* éd. *E* 2002, *Cah. dr. entr.* n°5, p. 7.
« Le concédant peut choisir un concessionnaire de manière discrétionnaire mais non arbitraire », *D.* 2003, p.2426.
« Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004, n°2, p. 558.
V° « Accords de distribution », *Rép. comm. Dalloz*.
« Distribution par mandataires : Plusieurs décisions judiciaires se prononcent en faveur de la protection du distributeur mandataire », *concurrences*, 2009, n° 3.
« La franchise : un contrat d'exploitation de droits intellectuels », *in liber amicorum* G. BONET, *Droits de propriété intellectuelle*, Litec, 2010.

FIGIEFA, (fédération internationale des grossistes, importateurs & exportateurs en fournitures automobiles),
« Le nouveau règlement automobile d'exemption par catégorie 1400/2002/CE ; opportunités pour des distributeurs indépendants de pièces de rechange automobiles et autres opérateurs de la filière indépendante », *www.figiefa.org*.

FONTAINE M.,
« Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RDA int*. 1991, p. 5.

FOURGOUX J.-L.,
« Le nouveau règlement automobile – un texte fondamental encore évolutif », *JCP* éd. *E*, 13 juin 2002, n°24, p.969.
« Rapports constructeurs-distributeurs automobiles ; du monologue au dialogue », *Dr. et pat.*, juin 2003, n°116, p. 75.

FOURGOUX C.,
« Conditions d'acquisition et de revente de véhicules neufs par un distributeur hors réseau », *JCP* éd. *E*, n°5, 4 févr. 1999, p.224.
« Distribution automobile : importations parallèles et approvisionnement », *JCP* éd. *E* 2001, n°26 p. 1099.

FRANCK P.,
« La normalisation des produits industriels », PUF, 1981, p. 59.

FRANÇOIS G.,
« L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles », *JCP* éd. *E*, n°47, 24 nov. 2005.

FRANÇOIS-MARTIN L.,
« Règlement automobile : La Commission européenne adopte un nouveau règlement concernant l'application de l'article 101 § 3 du Traité FUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (Règlement n°461/2010) », *concurrences*, 2010, n° 3.

FRANÇOIS-MARTIN L. et LE MONNIER DE GOUVILLE P.,

« Réforme du règlement d'exemption par catégorie dans le secteur automobile », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 34.

FREMEAUX S.,
« La flexibilité du droit communautaire de la concurrence, une condition de l'intégration européenne ? », *Rev. Marché commun* 2002, p. 158.

FRÉRY F.,
« De l'entreprise intégrée à l'entreprise transactionnelle », *Entreprises & Histoire*, 1995, n°10, p. 47.
« L'entreprise transactionnelle », *Gérer et comprendre*, Sept. 1996, p. 66.

FRINGUANT V. et TALBOT D.,
« Proximités et logique modulaire dans l'automobile et l'aéronautique : vers une convergence des modèle d'approvisionnement ? », *Nouv. Croiss. Et terr.*, déc. 2001.

FRISON-ROCHE M.A.,
« Droit de la régulation », *P. Aff.* n°110, 3 juin 2002.

GAILLOUX J.-C.,
« Le règlement 772/2004 de la Commission du 27 avr. 2004 concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 à des catégories d'accords de transfert de technologie », *Prop. Intell.*, janv. 2005, n°14, p. 4.
« Droit des dessins et modèles interne et communautaire », *D.* 2007, p. 2059.

GALLEGO A.,
« Le dessin ou modèle espagnol, de Cuba à l'Union européenne : évolution et singularités », *Prop. Intel*. 2007, n°22, p. 61.
« Et donc l'on reparle du sort que le droit des dessins et modèles doit réserver dans l'UE aux pièces de rechange apparentes : le parlement européen adopte la « clause de réparation » », *Lamy dr. aff.* janv. 2008, n°23, p. 21.

GARDIN R.,
« L'automobile française : une filière majeure en mutation », *rapp. du CES*, 2006.

GAREIL-SUTTER L.,
« Période précontractuelle, Contenu », *J.-Cl. Commercial, Contrats-Distribution*, *Fasc.* 20.

GAST O. et RENAUD O.,
« Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur ? », *P. Aff.* n°167, 22 août 2001, p. 4.

GASTINEL E.,
« Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles, Obligation de non-concurrence et de confidentialité », *in La cessation des relations contractuelles d'affaires*, *PUAM*, 1997.

GAUDEMET-TALLON H.,
« Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », *Rev. Marché commun* 2000, p. 228.

GAUTIER P.-Y.,
« Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC* 2006, n°2, p. 610.

GAUTRAIS,
« Labellisation des sites et protection des consommateurs : vision comparée », *Cont. Conc. consom.,* août - sept. 2001, p.5.

GAVALDA CH.,
« Le secret des affaires », *in Mélanges* SAVATIER R., Dalloz, 1965, p. 291.

GENDREAU A.,
« Création et abus de droit », *Dr. et pat.* Juin 2000, n°83, p. 51.

GENIAUX I. et MIRA-BONNARDEL S.,
« Le réseau d'entreprises : forme d'organisation aboutie ou transitoire », *Rev. fr. gest.* 2003, n° 14, p. 129.

GENTY N., HUET J. et DUMONT A.,
« Les enchères électroniques « inversées » encadrées par la loi », *Cont. Conc. consom.* déc. 2005, p. 9 ; *Com. com. électr*.2006, n°13.

GERADIN D. et PETIT N.,
« *La politique industrielle sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit communautaire de la concurrence »*, *Working Paper 2006, wwww. ieje. Net*.

GHESTIN J.,
« Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance », *RTD com.* 1981, p. 1.
« Normalisation et contrat », *in Le droit des normes professionnelles et techniques*, *Bruylant*, 1985.

GIROUDET-DEMAY N.,
« Incidences du règlement n°1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque », *P. Aff.* n°239, 29 nov. 2002, p. 13.
« Le nouveau règlement automobile cherche son rythme », *Juris. auto.* Juin 2010, n°819, p. 6.

GLAIS M.,
« Infrastructure et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *REI*, 1998, n°85, p. 85.

GÖNENÇ R.,
« Enjeux industriels des normes dans les technologies de l'information », *REI* 1987, n°39, 1er trim., p. 208.

GORGEU A. et MATHIEU R.,
« Le partenariat entre constructeurs automobiles et équipementiers : les frontières de la firme ? », *Centre d'études de l'emploi*, mai 1994.

GOURNAY G.,
« Rupture fautive d'un contrat de distribution et pratiques anticoncurrentielles », *Dr. et pat.*, juin 2003, n°116, p. 65.

GUADAMUZ GONZALES A.,
« Propriété intellectuelle et logiciels », *mag. OMPI* 2008, n°14, p. 15.

GUERSENT O.,
« L'autorité de concurrence et l'analyse économique », *Conc. consom*. Juill. Août 2003, n°134, p. 24.

GUILHON B. et GIANFALDONI P.,
« Chaînes de compétences et réseaux », *REI*, 1990, n°51, p. 97.

GUYOT H.et GENTES KRUCH A.,
« Commentaire de la stratégie B to B de PSA Peugeot Citroën », *www.newsinvest.fr*, 22 mai 2002.

HALIMI-DECHELETTE C.,
« La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence », *Cont. Conc. consom.* avr. 2000, n°4, p. 4.

HATCHUEL A., LE MASSON P., WEIL B.,
« Le codéveloppement à l'épreuve de l'innovation intensive : vers de nouvelles formes d'organisation de la conception innovante entre constructeurs et équipementiers », *GERPISA*, 2001.

HENORET-MARCELLESI (L') D.,
« Comment appliquer en 2006 ce texte très global publié en 2000 ? », *Gaz. Pal.* 20 juill. 2006 n°201 p37.

HERMITTE M.A.,
J.- Cl. Europe Traité, *Fasc.* 1421.

HONORAT B.,
« Comment concilier distribution sélective et internet : le conseil de la concurrence définit les limites », *Cont. Conc. consom.* mai 2007.

HUBERT P.,
« Les défis de la mise en œuvre : un réseau d'autorités de la concurrence à construire », *Conc. consom*. Juill-aout 2001, n°122, p. 18.

HUET J.,
« Le secret commercial et la transparence de l'information », *P. Aff.* n° 20, 1988, p. 9 et n° 21, p. 12.
« Les sources communautaires du droit des contrats », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, *Ass. H. Capitant*, LGDJ 1996, p. 23.

HUET J. et DUPUIS-TOUBOL F.,
« La violation de la confidentialité des négociations », *P. Aff.* n° 41, 1990, p. 9.

HUMBLOT P.,
« Nouveauté, caractère propre : un fauteuil pour deux. Regard critique sur les critères « objectifs » de protection des dessins et modèles », *JCP* éd. *E* 2003, n°24, p. 990.

HUREL F., KLING D.,
« Le concept de la PME », *Cah. dr. entr.* 2002, n°6.

IDOT L.,
« Dans quelle mesure le droit de la concurrence (déloyale) impose-t-il de donner à d'autres opérateurs économiques accès à des infrastructures, services ou informations qu'il détient ? », *RIC* 1998, n°186, p. 30.
« La modernisation des règles européennes de concurrence : réforme procédurale ou institutionnelle » ; *Conc. consom*. Juill. août 2001, n°122, p. 7.
« Le nouveau règlement d'exemption relatif à la distribution automobile », *JCP* éd. *E* 2002, p. 200 ; *Europe*, n°10, oct. 2002, p. 3.
« Premières vues sur le nouveau règlement de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE », *Europe*, n°2, févr. 2003, p. 4.
« La modernisation du droit communautaire de la concurrence, règlement 1/2003 du 16 déc. 2002 », *JCP* éd. *E* 2003, n°4, p. 145.
« L'empiétement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC* 2004, n°3, p. 882.
« L'entrée en vigueur du règlement n°1/2003 : les dispositions procédurales du « paquet modernisation » », *Europe*, n°5, mai 2004, p. 4.
« Adaptation du droit français au règlement n°1/2003 », *Europe*, n°12, déc 2004, p. 26. « Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », *P. Aff*, n°22, 1er févr. 2005, p. 5.
« Concurrence et libre circulation », *RAE* 2005,n°3, p. 391.

« Retour sur la distinction entre l'agent et le concessionnaire », *Europe*, n°11, nov 2005, p.3.
« La qualification de la restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 §3 », in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006.
« La place de l'arbitrage dan la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D.* 2007, p. 2681.
« Contrat de distribution et clause de résiliation de plein droit », *Europe* 2007, n°3, comm. n°100, p.22.
« Adoption du nouveau règlement d'exemption par catégorie sur les accords verticaux », *Europe*, n°6, juin 2010, p. 24.
« Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », *Europe*, n°7, juill. 2010, p. 8.

IDOT L. et JARROSSON Ch.,
V° « Arbitrage », *Rép. Comm. Dalloz*.

IDOT L. et **PRIETO C.**,
« Vers de nouveaux règlements d'exemption en matière de restrictions verticales ? », *RDC* 2010, n°1, p. 97.
« Le nouveau régime pour la distribution automobile se profile », *RDC* 2010, n°1, p. 625.

INSEE,
« Activité dans le commerce et la réparation automobile en 2008 », *INSEE.fr*.

JACOT J.H.,
« Du fordisme au toyotisme? Les voies de la modernisation des systèmes automobiles en France et au Japon », *Études et recherches du Commissariat Général du Plan*, n°7-8, *La doc. fr.*, févr. 1990.

JAMET J-F.,
« La politique industrielle de l'Union européenne », *Questions d'Europe*, Fondation R. SCHUMAN, 16 Janv. 2006 - n°15.

JAMIN Ch.,
« La recherche de nouveaux équilibres entre les parties dans les réseaux intégrés de distribution », *in*
« Fournisseurs et distributeurs : dépendance ou partenariat », *P. Aff.*, n°29, 6 mars 1996, p. 26.

JAUME L.,
« Accords de licence et règles de concurrence », *Rev. Marché commun* 1972, p. 674.

JEANTET F.C. et KOVAR R.,
« Les accords de distribution et de services des véhicules automobiles…. Étude du projet de règlement », *RTD eur.* 1983, p. 547.

JOBIN P-.G.,
« Les contrats de distribution de biens techniques », *Les presses de l'université Laval*, Québec, 1975.

JULLIEN B.,
« La distribution automobile en 2000 : vers le partenariat ou la taylorisation ? », *GERPISA*, 2000.

JURIS.AUTO (rédaction),
« Bilan de la jurisprudence sur la concession automobile », *Juris auto*., janv. 2008, n°792.
« Bilan de la jurisprudence sur la notion de véhicule », *Juris. auto.* déc. 2008, n°802.
« Jeux politiques autour de la fin du règlement d'exemption », *Juris. auto.*, mai 2010, n°818.

KLING D. et PEYRAMAURE P.,
« Le financement de la PME », *Cah. dr. entr.* 2002, n°6, p.12.

KOEHLER DE MONTBLANC M. et VANNI P.,
« Qualification des opérations », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 25.

KOVAR R.,
« Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Mélanges* GOLDMAN., Litec., 1987, p. 109.
« Le dernier métro, l'étanchéité des réseaux de distribution : un réseau peut être ouvert ou fermé », *Cah. dr. entr.* 1994, n°4.
« Accord de transfert de technologie, Règlement n°772/2004 de la Commission du 27 avr. 2004 », J-Cl. Brevets, 9 févr. 2005, 02,2006.

LACHIEZE C.,
« La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence », *JCP* éd. *E* 2004, n°50, p. 1967.

LAGARDE F.,
« PSA et Mitsubishi démarrent officiellement la construction de leur usine russe à Kaluga », *autoactu.com*, 11 juin 2008.
« Plusieurs concessionnaires Saab en France ont résilié leur contrat de distribution », *autoactu.com*, 25 févr. 2010.
« Les réseaux Chrysler et Lancia seront résiliés dans le cadre d'un processus de réorganisation », *autoactu.com*, 19 mai 2010.
« Le Stop&Start de deuxième génération de PSA illustre son ambition du « coup d'avance » », *autoactu.com*, 11 juin 2010.
« La France se dote d'un réseau national de recherche pour les batteries », *autoactu.com*, 5 juill. 2010.

LAIGLE L.,
« De la sous-traitance classique au codéveloppement », *GERPISA*, 1995, n°14.

LAMARCHE T.,
« La notion d'entreprise », *RTD com.* 2006 p. 709.

LAMBERT Th.,
« Le mandataire automobile acheteur-revendeur : autopsie d'une pratique », *D.* 2006, chr. p. 582.

LANDES V.,
« Normes techniques et certifications », *J.-Cl. Europe*, *Fasc.* 560.

LATREILLE A.,
« Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *P. Aff.* 2006, n° 156, p. 4 et n° 157, p. 4.

LAVAGNE B.,
« La réforme du droit des ententes, le règlement du 13 déc. 2002 », *Rev. Marché commun* 2003, p. 526.

LEGER J.-M.,
« Le lancement d'un e-mailing et les règles juridiques à respecter », *Cah. dr. entr.* 2005, n°3.

LEGOAS S.,
« La mise en place du tribunal du brevet communautaire, un parcours parsemé d'obstacles juridiques », *RAE* 2006, n°3, p. 413.

LEONARD Th.,
« R-Marketing et protection des données à caractère personnel », *dr. et nouv. Tech.*, 23 mai 2000, *www.droit -technologie.org*.

LESGUILLONS H.,
« Les clauses de non-concurrence en droit européen de la concurrence », *RDAI* 2006, n°4, p. 495.

LEVEQUE F.,
« Faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? Ou la jurisprudence John Deere vue par un économiste », *Concurrences*, 2006, n°3, p. 33.

LEVI C.,
« Le cœur de métier, un concept aux frontières floues », *Les Échos*, Management, 3 nov. 1998, p. 49.

LIANOS I.,
« « la confusion des infractions » de l'article 81§1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique », *RTD eur.* 2000, p. 239.

LIOTARD I.,
« Les droits de propriété intellectuelle, une nouvelle arme stratégique des firmes », *RE* 1999, n°89, 3ème trim., p. 69.

LOUBET J-L.,
« Citroën, Peugeot, Renault et les autres, 60 ans de stratégie », *Le Monde* éd., 1995.

LOUBET J-L., PENA-VEGA A., SANTILLI G., LAURE V. et SACHWALD F.,
« Les accords entre constructeurs automobiles, les cahiers de recherche du GIP Mutations Industrielles », *GERPISA*, 1988.

LOUIS P. L.,
« Le nouveau règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie : une modernisation et une simplification », *Cah. dr. eur.*, 2004, n°3/4, p. 377.

LUBY M.,
« La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Cont. Conc. consom.* janv. 2000, p. 4.

LUCAS DE LEYSSAC C.,
« Approche juridique des effets de la propriété intellectuelle sur la concurrence », *At. de la conc.*, 10 déc. 2003, accessible sur le site www. dgccrf.gouv.fr ; *Conc. consom*. Juill. Août. Sept. 2004, n°139, p. 2.

LUCAS DE LEYSSAC C. et CHAGNY M.,
« Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC* juill. 2009, p. 1268.

MACKAAY E.,
« La propriété intellectuelle et l'innovation, analyse économique du droit », *Dr. et pat.*, oct. 2003, n°119, p. 61.

MAINGUY D.,
« Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC* 2006, n°2, p. 615.

MALAURIE-VIGNAL M.,
« Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.* 1995, Chron., p. 51.
« Intuitus personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *JCP éd. E* 1998, p. 260.
« Règlement automobile Présentation et commentaire du règlement n°1400/2002 du 31 juill. 2002 », *P. Aff.* n°239, 29 nov. 2002, p. 3.
« Solidarisme, distribution et concurrence », *in Le solidarisme contractuel*, *Economica*, 2004, p. 95.
« Étude du règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 », *Cont. conc. consom*., 2010, n°8-9, p. 7.

MARI A.,
« La protection des pièces de réparation : bientôt la fin ? », *P. Aff.* n°68, 3 avr. 2008.

MARIATTE F.,
« Nouvelles technologies, protection « sui generis » des bases de données », *Europe*, n°1, janv. 2005, p. 21.
« Brevets logiciels: du débat à la polémique », *Europe*, n°4, avr. 2005, p. 3.

MATHIEU B.,
« La rupture du contrat de distributeur dans le nouveau règlement d'exemption automobile », *P. Aff.* n°239, 29 nov. 2002, p. 27.

MAUGER-VIELPEAU L.,
« Les enchères inversées », *D.* 2006, p. 642.

MAZEAUD D.,
« Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vu de sa reconversion lors de la rupture du contrat », *D.* 2002, p. 2842.

MAZAUD F.,
« De la firme sous-traitante de premier rang à la firme pivot, une mutation de l'organisation du système productif « Airbus » », *REI*, 2006, n°113.

Etude McKinsey,
« Rapp. McKinsey Quarterly 2001 number 2», consultable sur *www.mckinseyquarterly.com*.

MEFFRE J.-M.,
« Modernisation du droit communautaire de la concurrence », *D.* 2005, p. 361.

MEKKI M. et CHANTEPIE G.,
« L'efficacité attendue du contrat », *RDC* janv. 2010, p. 347.

MELLO (de) X.,
« Arbitrage et droit communautaire », *Rev. Arb.*, 1982. 349.

MERIAU J-P.,
« La stratégie e-commerce dans l'automobile », *in Le groupe Renault aujourd'hui*, Net-entreprises, accessible sur *www.insee.fr*.

MESTRE J.,
« L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986.
« Chronique de droit des obligations », *RTD civ.* 1987, p.307.
« Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUF Aix 1997, p.13 s.
« L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », *Dr. et pat.*, juin 2000, n°83, p. 38.
« L'arbitrage mode utile de règlement des litiges », *Dr. et pat.*, juin 2001, n°94, p. 32.

MICHEL COUMES J.-M. et BROCHE J.,
« La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence : le principe et les conséquences », *Rev. Marché commun* 2001, p. 546.

MIDLER C.,
« Les partenariats interentreprises en conception », accessible sur *http://www.education.gouv.fr*.

MIDLER C., GAREL G. et KESSELER A.,
« Le co-développement, définition, enjeux et problèmes: Le cas de l'industrie automobile », accessible sur *crg.polytechnique.fr.*

MION L.,
« L'abus dans le droit des contrats », *Dr. et pat.*, juin 2000, n°83, p. 42.

MONTI M.,
« E-marketplaces: new challenges for enterprise policy, competition and standardization », 2001, disponible sur le site *www.europa.eu.*
« Discours prononcé le 16 janv. 2004 à l'école des Mines de Paris », disponible sur le site *www.europa.eu.*

MOREAU M.-A.,
« La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *Dr. et pat.* 1999, n°69, p. 56.

MOREAU F. et SERGEANT P.,
« Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles », *D.* 2002, p. 2725.

MORIN T.,
« Plus que jamais, Valeo s'engage à créer un monde automobile meilleur », rapp. d'act. du groupe Valeo pour l'année 2006 : différenciation technologique, p. 37, accessible sur le site *www.valeo.fr.*

MORVAN P.,
« L'hypothèse des contrats perpétuels en droit commercial », *P. Aff.*, n°34, 19 mars 1993, p. 12.

MOURRE A.,
« Faut-il n statut communautaire de l'arbitrage ? », *RAE* 2005, n°2, p. 191.

MOUSSERON J.M.,
« Secret et contrat, de la fin de l'un à la fin de l'autre », *in Mélanges* Foyer, PUF, 1997, p. 257.

MOUSSIS N.,
« Théorie de l'intégration : les politiques communes comme fondement de l'intégration multinationale », *Rev. Marché commun*, 2001, p. 536.

NAJJAR I.,
« Clause de substitution et « position contractuelle » », *D.* 2000, n°42, Chron. p. 635.

NAULLEAU G. et GUTH J.-P.,
« Du partenariat à l'entreprise étendue, vers une reconfiguration de la relation client/fournisseurs dans le secteur automobile », *gérer et comprendre*, sept. 2000, p. 31, disponible sur *www.annales.org*.

NEUVILLE J.-P.,
« Béni soit le partenariat : les dix commandements du fournisseur performant », *Gérer et comprendre*, 1998, p. 55.

NOGATCHEWSKY G.,
« L'exercice du contrôle dans la relation client-fournisseur », Rev. fr. gest., 2003, n° 6, p. 173.

NOURISSAT C.,
« Droit du contrat et droit du marché intérieur », *RDC* 2006, n°4, p. 1355.

NOUVEL L.,
« 1er mai 2004 : l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 et du « paquet modernisation » portant réforme des règles de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE », *RDAI* 2004, n°3, p. 371.

PAILLUSSEAU J.,
« Arbitrage: Le choix entre le droit et l'équité », *JCP éd. E*, n°1, 5 janv. 2006.

PAPPALARDO A.,
« Politique communautaire de concurrence et progrès technologique », *RIDE* 1986, n°1.

PASSA J.,
« Le brevet d'invention face aux règles communautaires de libre concurrence et de libre circulation des marchandises », *Dr. et pat.*, oct. 2000, n°86, p. 73.

PENARD T.,
« Concentration/oligopolisation des marchés et politique de la concurrence. Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés internet ? », *RIDE* 2006, n°1, p. 57.

PERREAU H.,
« La libéralisation du commerce des pièces détachées », disponible sur le site *www.europa.eu.*

PEYRAMAURE P., KLING D. et BARTHELEMY J.,
« La structure de la PME », *Cah. dr. entr.* 2002, n°6, p. 14.

PICK B.,
« La Politique européenne de brevets », *Policy papers*, *Fond. Robert Schuman*, n°8.

PICOD Y.,
« Droit des contrats et droit du marché : entre harmonie et turbulences », *RDC* 2006, n°4, p. 1330.

PIHÉRY R.,
« Retrait et exclusion de l'exemption », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 59.
« Restrictions verticales : L'Autorité de la concurrence a diffusé un avis sur la révision du règlement CE n°2790-1999 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales (Avis du 28 septembre 2009) », *concurrences*, 2009, n° 4.

PIOTRAUT J.-L.,
« Recherche & Développement (politique) », *Rep. Comm. Dalloz*, oct. 2000.

PIROVANO A. et SALAH M.,
« L'abus de dépendance économique: une notion subversive », *P. Aff.*, 24 sept. 1990, p. 5.

PIZZIO J-P.,
« Le droit communautaire et le commerce électronique », *Cah. dr. entr.* 2002, n°4.

PLANIOL M.,
« Classification synthétique des contrats spéciaux » : *Rev. Crit,* 1904, p. 470.

POILLOT-PERUZZETTO S.,
« La réforme des accords horizontaux en droit communautaire de la concurrence », *Cont. Conc. consom.* 2001, chron. N°6, p.4.
« Règlement n°1400/2002 de la commission du 31 juill. 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le domaine automobile », *RTD com.* 2002, p.750.
« L'évolution des instruments juridiques : à propos des Brochures explicatives », *Cont. Conc. consom.* nov. 2002, p. 2.
« Les réformes de fond à l'occasion des réformes de procédure en droit communautaire de la concurrence », *Cont. Conc. consom.* juin 2004.
« Nouvelles règles en matière d'accord de transfert de technologie », *Cont. Conc. consom.* 2004, p. 23.

PORACCHIA D.*,*
« La protection juridique des secrets de l'entreprise », *Dr. et pat.*, sept. 2000, n°85, p. 20.

PRICEWATERHOUSECOOPERS,
« L'industrie automobile : prémices d'une nouvelle ère ? », 8 oct. 2009.

PRIETO C.,
« L'action en concurrence déloyale neutralisée par les exigences du multimarquisme », *D.* 2001, p.3178.
« L'efficience contractuelle dans le droit de la libre concurrence (illustration par la clause d'exclusivité) », *RDC* 2004, n°3, p. 875.
« La politique européenne de concurrence relative aux transferts de technologie dans une perspective transatlantique », *Europe*, janv. 2005, p. 6.
« Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de la concurrence », *D.* 2006, *cah. dr. aff*., n°23, p. 1603.
« Le progrès technologique dans le traitement des ententes contractuelles », *RIDE* 2007, n°3.
« L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », *JCP* éd. *G* 2007, n°12, p.132.

PROGISPHERE,
« SupplyOn est la première place de marché électronique à adopter la norme UAM d'Odette », accessible sur *www.Progisphere.com*.

F. PUEL,
« Gains d'efficience », *JSS* juill. 2010, n°78, p. 54.

QUARANTE MILLIONS D'AUTOMOBILISTES (Rédaction),
« Rapport d'évaluation sur l'application du règlement (CE) 1400/2002 concernant la distribution et les services après-vente dans le secteur automobile », accessible sur le site *www.40millionsdautomobilistes.com*.

RABILLER M.,
« L'e-commerce automobile peut enfin démarrer », *www.01net.com*, 27 déc. 2001.

RAMSAUER T.,
« Just another brick, la Cour européenne de justice se prononce sur l'interface entre le droit européen de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle (IMS Health c. NDC Health, 29 avr. 2004) », *e.Bulletin du droit d'auteur* avr.-juin 2004.

RAUD N. et NOTTE G.,
« Nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur automobile (Règlement UE n°461/2010, 27 mai 2010) », *JCP* éd. *E* 2010, n°22, p. 304.
« Nouveau règlement d'exemption par catégories des restrictions verticales (Règlement UE n°330/2010) », *JCP* éd. *E* 2010, n°17, p. 237 ; Cont. *Conc. consom*. 2010, n°6, p.38.
« Nouveau règlement d'exemption par catégorie dans le secteur automobile (Règlement UE n°461/2010, 27 mai 2010) », *Cont. Conc. consom*. Juill. 2010, p. 3.

RAVILLON L.,
« L'adaptation du droit des contrats aux innovations technologiques : l'exemple des secteurs informatiques et spatial », *RDAI* 2007, n°4, p. 453.

RAYNARD J.,
« Le juriste de PME », *Cah. dr. entr.* 2002, n°6, p. 28.
« Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC* 2006, n°2, p. 597.

REBOUL Y.,
« Contrats de recherche », *J.-Cl Brevets*, Fasc. 100, fev. 1983.
« Dessins ou modèles et marques : à la recherche d'une coexistence entre deux droits de propriété intellectuelle » , *in liber amicorum* G. BONET, *Droits de propriété intellectuelle*, Litec, 2010.

REBOUL Y. et BASIRE Y.,

« Licence de brevet- Formation du contrat. Conclusion du contrat », *J.-Cl Brevets*, Fasc. 4740, mars 2009.

REINAUD G.,
« L'automobile désintégrée », *Prob. Eco.*, 10 févr. 1999, 2603 p. 29.

REMY P.,
« Droit des contrats : questions, positions, propositions », *in Le droit contemporain des contrats-bilan et perspectives*, Economica, 1987, p. 271.

RENDINGER (de) A.,
« La protection des données personnelles », *Conc. consom*. Sept. Oct. 2001, n°123, p. 14.

RESPAUD J.-L.,
« Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé », *Cah. dr. ent.*, 2002, n°5, p. 19.
« Propriétés intellectuelles : unité ou diversité ? », *Cah. dr. ent.* 2004, n°4, p. 39.

REY P.,
« Les enjeux de la réforme : le point de vue d'un économiste », *Conc. consom*. juill-aout 2001, n°122, p. 11.

REVET T., « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004, n°2, p. 579.

RICHER L., « Le droit à la paresse ? – « essential facilities », version française »: *D.aff.* 1999, n°44, p. 523.

RIPERT G.,
« L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélanges* GENY, 1934, T.II.
« Les métamorphoses économiques et morales du droit privé d'aujourd'hui», *D.* 1959, p. 110.

ROULAND M.,
« La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi) », Oct. 2004, disponible sur le site *www.glose.org*.

ROUSSEAU S.,
« L'analyse économique du droit », *D.* 2009, p. 352.

SABLIER B., CARO J.E. et ABBATUCCI S.,
« La sous-traitance dans la construction », *Le Moniteur,* 27 juin 2007, p. 43.

SAINT-PAUL B.-Y.,
« La confidentialité des places de marché B to B », *l'agora de la cybermercatique*, aout 2001.

SAKO M. ET MURRAY F.,
« Automobile, informatique et stratégie modulaire », *Les Échos*, 19 août 2008.

SANTROT F.,
« Les places de marché des grands comptes européens », *JDNet*, 8 sept. 2000.

SAVATIER R.,
« L'ordre public économique», *D.* 1965, chr. p.37.

SCHAMING B.,
« Pourquoi la distribution sélective n'est pas condamnée… », *JCP* éd. *E* 1992, *Cah. dr. entr.* N°5, p. 17.

SCHMIDT SZALEWSKI J.,
« Exercice des droits de propriété intellectuelle en tant qu'abus de position dominante » , *in liber amicorum* G. BONET, *Droits de propriété intellectuelle*, Litec, 2010.

SERIEUX H.,
« Mettez du réseau dans vos pyramides », *Village Mondial*, 1996.

SESSI (Rédaction),
« L'industrie automobile : constructeurs et équipementiers, service d'études et de statistiques industrielles », *SESSI*, 2007.

SIBONY A.-L.,
« Caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations confidentielles périodiques sur un marché oligopolistique », *JCP* éd. *G* 2006, II, 10204.

SIMONT L.,
« L'arbitrage et le droit de la concurrence. Quelques réflexions d'un arbitre », *RDAI*, 1998. 547, p. 550.

SIROEN J.-M.,
« Approche économique des effets de la propriété intellectuelle sur la concurrence », *At. de la conc*. 10 déc. 2003 ; *Conc. consom*. Juill. Août. Sept. 2004, n°139, p. 9.

STOFFEL-MUNCK PH.,
« Les dommages-intérêts sont une modalité d'exécution par équivalent de l'obligation demeurée impayée », *RDC* 2003, p. 54.

TALLON D.,
« Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit anglais et en droit français », *in Mélanges* SAVATIER, 1963, p.883.

TERNEYRE P.,
« Les montages contractuels complexes », *AJDA*, numéro spécial, 1994 p.43.

THIEFFRY P.,
« La distribution automobile sur internet », *Cont. Conc. consom.* Janv. 2003, p. 3.

THILL-TAYARA M. et COUADOU C.,
« Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles » *Cont. Conc. consom.* 1999, p. 4.

THOUVENIN J.-M.,
« Vers une remise en cause du système de distribution des automobiles en Europe ? », *Rev. Marché commun* 2001, n°447, p. 240.

THOUVENIN J.-M. et AUBANEL R.,
« Le nouveau règlement automobile », *Rev. Marché commun* 2002, n°462, p. 600.

TIROLE J.,
« Quelles finalités pour les entreprises intellectuelles ? », *in Droit et Économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 449.

TIROLE J., HENRY C., TROMMETTER M., TUBIANA L., CAILLAUD B.,
« Propriété intellectuelle »*, La doc.fr.* 2003.

TOURNEAU (Le) P.,
« Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Mélanges* offerts à P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349.

TOUSSAINT-DAVID G.,
« Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution », *Cah. dr. ent*. 2010, n°4, p. 28.

TRAIN F.-X.,
« L'arbitre, prestataire de service juridictionnel », *Lamy dr. civ.*, avr. 2006, n°26, p. 14.
« Les réformes du droit communautaire de la concurrence et l'arbitrage international : un nouveau role pour les arbitres », *Rev. arbit.* 2002, p.1069.

UBIFRANCE,
« Perspectives de la distribution automobile en Allemagne, au Royaume-Uni, et en Italie », *www.ubifrance.fr*, 2004.

VANARD J.,
« Desseins européens pour la distribution en ligne », *Lamy dr. conc*. 2009, n°21, p. 21.

VAN GERVEN W.,
« L'arbitrage dans le droit européen », *RDIDC* 1995, p. 67.

VAN GINDERACHTER E.,
« Le règlement n°1400/2002 d'exemption par catégorie : une réforme audacieuse mais équilibrée des règles de concurrence applicable au secteur automobile », *Gaz. Pal.* 2-4 mars 2003, p. 5.

VERBOVEN F.,
« Quantitative study to define the relevant market in the passenger car sector », accessible sur le site *www.europa.eu*.

VIENNOIS J-P.,
« La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national », *RTD com.* 2002, p. 1.
« Rapports entre droit communautaire de la concurrence et droit national: les apports du règlement CE numéro 1/2003 du 16 décembre 2002 », *JCP éd. E*, 27 sept. 2003, n° 5, p. 1.
« Contrats de distribution, Règles communes aux différents contrats de distribution », Fasc. 303, *J.-Cl. Commercial,* 1 sept. 2004.
« Clarification du champ d'application du droit communautaire de la concurrence (Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité) », *P. aff*., 22 sept. 2004, n° 190, p. 9.
« La légitime défense en droit de la concurrence ou l'emprunt concevable d'une notion au droit pénal », *RSC* 2004 p. 295.
« Critères de sélection et licéité d'un réseau de distribution sélective », *lamy dr. conc.*, nov. -déc. 2005, n°5, p. 24.
« Internet et distribution sélective », *Prop. Ind.*, sept. 2006, n°9.
« Contrats de distribution automobile », *Fasc.* 620, *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, 1 févr. 2007.
« Distribution sélective », Fasc. 318, *J.-Cl. Commercial*, 1 juin 2008.

VILMART C.,
« Dessine-moi un modèle, qu'on ne puisse légalement copier ! : Plaidoyer contre la proposition de directive de la commission sur les Dessins & Modèles », *Prop. Indus.*, déc. 2004, p.13.
« De la difficulté d'appliquer la règle de compétence exclusive de la Cour de Paris en droit communautaire de la concurrence, quand ce droit s'oppose à des droits de propriété intellectuelle », *JCP* éd. *E* 2007, n°46, p. 23.
« L'intérêt de lignes directrices pour réduire l'imprévisibilité des sanctions en droit de la concurrence », *JCP* éd. *E* 2010, n°8, p. 130.
« La nouvelle exemption des accords de distribution : une insécurité grandissante », *JCP éd. E* 2010, n°23, p. 1556.

VIRASSAMY G.,
« Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD com.* 1988, p. 180.

VIVANT M.,
« Les clauses de secret », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, *PUAM*, 1990, p. 117.

VOGEL J.,
« Quel avenir juridique pour la distribution automobile ? », *RLDA* déc. 2008, n°33, p. 5

VOGEL L.,
« L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Conc. consom*. Mai-juin 2000, n°115, p. 6.
« L'après règlement 1475-95 », *LJA*, janv. 2001.
« Actions de rappel: plaidoyer pour une réglementation », Les Échos, 12 juin 2001.
« Les places de marché et le droit », *Conc. consom*. 2001, n°121, p. 9 ; *At. de la conc.*, 14 mars 2001, accessible sur le site *www. minefi.gouv.fr*.
« Le contentieux des règlements d'exemption automobile dans la jurisprudence française récente », *Lamy dr. éco.*, sept. 2001, n°143, p. 1.
« Point de vue des constructeurs, faux débats et vraies questions à propos du nouveau règlement sur la distribution automobile », *Cah. dr. entr.* 2002, n°5, p. 13.
« Le projet modifié du nouveau règlement automobile », *LJA*, 31 mai 2002.
« Faux débats et vraies questions à propos du nouveau règlement sur la distribution automobile », *in Le nouveau règlement « automobile », après le règlement général « accords verticaux », avant un nouveau règlement « transfert de technologie »*, *JCP* éd. *E* 2002, *Cah. dr. entr.* n°5, p. 15.
« De quelques questions juridiques suscitées par le nouveau règlement d'exemption automobile », *Gaz. Pal.* 2-4 mars 2003, p. 13.
« Le juriste face à l'analyse économique », *Conc. consom*. Juill. Août 2003, n°134, p. 7.
« La distribution sélective n'est pas un concours mais un examen », *LJA*, juill. 2003.
« Brochure explicative de la Commission, analyse », *LJA*, 27 févr. 2004, n°865, p. 26.
« Les règlements d'exemption « *nouvelle génération* » », *Conc. consom.*, janv.-mars 2005, n°141, p. 2.
« Distribuer une seconde marque ne justifie pas le sacrifice de la première », *LJA*, 31 mars 2006, n°954, p. 31.

VOGEL L. et VOGEL J.,
« Vers un retour des contrats perpétuels ? Évolution récente du droit de la distribution », *Cont. conc. cons*., août-sept. 1991, p.1.
« Les rapports producteurs / distributeurs : un nouvel équilibre ? (réforme du droit français de la concurrence par la loi du 1er juill. 1996) », *D. Aff.* 1996, p. 938.
« Le projet de règlement automobile: who will be in the driver's seat ? », *D. aff.* 2002, p. 786 ; *LJA*, févr. 2002.
« La distribution automobile à l'épreuve de son nouveau règlement d'exemption », *chron. Lamy dr. aff.* oct. 2002.
« Quelles améliorations peut-on apporter au projet de règlement sur la distribution automobile ? », *JCP* éd. *E* 2002, p. 794.
« La concession exclusive à l''épreuve de l'article L. 122-12 du Code du travail », *JCP* éd. *E* 2002, n°47.
« Règlement d'exemption 1400/2002 », Analyse par L. et VOGEL J. du rapport London Economics, *LJA*, 16 févr. 2007, n°990, p. 24.
« Observations sur le rapport d'évaluation du règlement n°1400/2002 en date du 28 mai 2008 », accessible sur le site *www.europa.eu*.

VOINOT D.,
« V° Automobile », *Rép. com. Dalloz*, oct. 2004.

WARSMANN J.-L.,
« La simplification du droit », *D.* 2008, p. 336.

WEILT. et DURIEUX F.,
« La gestion de l'innovation en réseau », *ANRT* (Association Nationale pour la Recherche Technique), 30 oct. 2000.

WERY E.,
« Le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle sont-ils incompatibles ? », *Dr. et tech.*, 10 juin 2008.

WICKER G.,
« Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats,* Dalloz, 2003, p.151.

WILHEIM P. et VEVER F.,
« Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », *Cont. Conc. consom.* mai 2006, p. 5.

NOTES, OBSERVATIONS, RAPPORTS

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES

CJCE, 13 juill.1966, Grundig c/ Consten, *D.* 1966, p.321.

CJCE, 9 juill. 1969, Ltm et Volk Vervaecke.

CJCE, 18 févr. 1971, Sirena.

CJCE, 25 nov. 1971, Béguelin Import Co c/ Sagl Import Export.

CJCE, 6 mars 1974, Istituto Chemoterapico italiano SpA et Commerial Solvents Corporation c/ Commission.

CJCE, 31 oct. 1974, *Rec.* CJCE 1974, p 1183.

CJCE, 16 déc. 1975, Sulker Unie, *Rec.* CJCE, p. 1663.

CJCE, 3 févr. 1976, Fonderies Roubaix c/ Roubaix Wattrelos, *Rec.* CJCE, p. 111.

CJCE, 1er févr. 1977, De Norre c/ Concordia, *Rec.* CJCE, p. 65.

CJCE, 25 oct. 1977, Métro c/ Commission (dit « Métro I »), *Rec.* 1977, I, p. 1875.

CJCE,14 févr. 1978, United Brands Company et United Brands Continental BV c/ Commission.

CJCE, 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche.

CJCE, 31 mai 1979, Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd c/ Commission.

CJCE, 12 juill. 1979, BMW et alii c/ Commission.

CJCE, 8 juin 1982, Nungesser Eisele, *Rec.* CJCE p. 2015.

CJCE, 9 nov. 1983, Michelin / Commission.

CJCE, 17 janv. 1984, VBVB et VBBB c/ Commission, *Rec.* CJCE, pt.52.

CJCE, 28 févr. 1984, Ford of Europe et Ford Werke c/ Commission.

CJCE, 17 sept. 1985, Ford c/Commission, *Rec.* 1985.

CJCE, 28 janv. 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Paris Irmgard Schillgalis, *Rec.* CJCE 1986, p. 353.

CJCE, 18 déc. 1986, VAG Magne c/ Commission.

CJCE, 11 nov. 1986, British Leyland public limited company c/ Commission.

CJCE, 10 févr. 1988, *Dr. Soc.* 1988. 455, concl. DARMON, note COUTURIER ; *RTD eur.* 1988. 715, note RODIERE; *D.* 1989. 174, note POCHET.

CJCE, 17 mai 1988, Warner Brothers.

CJCE, 18 juill. 1988, Napier Brown c/ British Sugar.

CJCE, 5 oct. 1988 (2 espèces), Volvo c/ Veng et Maxicar c/ Renault, *JCP* éd. *G*, 1989, II, 21247, comm. G. BONET ; *RTD eur.* Oct.-déc. 1990, vol. 26, Chron. de prop. Intell., obs. G. BONET, p. 714.

CJCE, 5 oct. 1988, Alsatel.

CJCE, 28 févr. 1991, Délimitis.

CJCE, 3 juill. 1991, AKZO Chemie BV c/ Commission.

CJCE, 13 janv. 1994, Cartier, 1995. *JDI* 1995, 700, obs. M.-A. Hermitte.

CJCE, 14 avr. 1994, *RJS* 1994. 388, n°630 ; *D.* 1994. 534, note CHAUVET ; *JCP éd. E* 1994. I., 380, obs. ANTONMATTEI.

CJCE, 16 juin 1994, Ecosystem, *Rec.* I, p. 2742 ; *Europe*, août-sept. 1994, n°333, obs. L. IDOT.

CJCE, 6 avr. 1995, Magill, *Rec.* CJCE 1995, I, p. 743 : *RJDA* 1995, 8-9, p. 735, L. DE GAULE « Les droits nationaux de propriété intellectuelle à l'épreuve du droit communautaire : à propos de l'affaire Magill » ; *RTD eur.* Oct.-déc. 1995, vol. 4, obs. G. BONET, p. 835 ; *RTD Eur* 1996, p. 747, obs. J-B. BLAISE et L. IDOT ; *D*. 1996, chronique, p. 119, B. EDELMAN, « L'arrêt Magill : une révolution ? » ; *JCP* éd. *G* 1996, n°47, doct., 3883, M. VIVANT, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante: à propos de l'arrêt Magill de la CJCE » ; H. CALVET, T. DESURMONT, « L'arrêt Magill : une décision d'espèce ? », RIDA janv. 1996, vol. 167, p. 3.

CJCE, 19 sept. 1995, *JCP* éd. *E* 1995, panor.1270.

CJCE, 2 oct. 1995, VAG, *Rec.* CJCE 3439.

CJCE, 24 oct. 1995, BMW, *JCP*, suppl. n°1/1996, N. CHARBIT, « Les contrats de financement d'un réseau de distribution au regard du droit communautaire de la concurrence: le cas de la distribution automobile » ; *Europe*, déc. 1995, n°441, obs. L. IDOT ; *Rev. Marché commun* 1997, 131, L. VOGEL.

CJCE, 15 févr. 1996, Grand garage albigeois, *Rec.* I, 651 ; *Europe*, avr. 1996, n°156, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 1996, p. 620, obs. J.-B. BLAISE et L. IDOT.

CJCE, 7 mars 1996, Merks et Neuhuys, *Rec.* CJCE I, p.1253 ; *JCP* éd. *E* 1996, pan. 399.

CJCE, 27 juin 1996.

CJCE, 28 mai 1998, John Deere Ltd et Fiat Agri UK Ltd, *Rec.* CJCE 1998, I, p. 3111.

CJCE, 28 mai 1998, (2 espèces), New Holland Ford v. Commission et John Deere Ltd et Fiat Agri UK Ltd, *Rec.* CJCE 1998, I, p. 3111.

CJCE, 16 juill. 1998, Silhouette International Schmied c/ Hartlauer Handelsgesellschft; *D. aff.* 1998, n°133, p. 1592, obs. E. ARNAUD, « L'épuisement international du droit à la marque sacrifié au profit de l'épuisement européen ».

CJCE, 26 nov. 1998, Oscar Bronner GmbH.

CJCE, 10 déc. 1998, *RJS* . 1999. 186, n°315.

CJCE, 23 févr. 1999, Bayerische Motorenwerke AG etBMW Nederland BV c/ Ronald Karel Deenik, *D. aff.* 1999, n°164, p. 901, obs. E. CHEVRIER, « Conditions d'utilisation par un opérateur non agrée, dans ses publicités, de la marque d'un constructeur automobile ».

CJCE, 8 juill. 1999, Anic, *Rec.* 4125.

CJCE, 28 févr. 1991, Delimitis, *Rec.* p. 935.

CJCE, 12 oct. 2000, Snellers Auto's BV c/ Algemeen Directeur vas de Dienst Wegverkeer, *D. aff.* 2000, n°40, p. 419, obs. E. CHEVRIER, « Des entraves à la libre circulation des véhicules neufs importés par un distributeur parallèle peuvent-elles être justifiées ? ».

CJCE, 26 sept. 2000, Commission européenne c/ Rép. Fr., *D. aff.* 2000, n°43, p. 440. « la retenue en douane de marchandises légales en transit en France est contraire au principe de libre circulation ».

CJCE, 21 mars 2002, *Rec.* I, p. 3193.

CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse, *Cont. conc. consom*. 2003, n°60, obs. S. POILLOT-PERUZZETO.

CJCE,17 juin 2003, *Rec.* I, p. 6065.

CJCE, 2 oct. 2003.

CJCE, 18 sept. 2003.

CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg.

CJCE, 29 avr 2004, IMS Health, *Cont. Conc. consom*., n°8-9, août- Sept. 2004, p. 17, note S. POILLOT-PERRUZZETTO ; *Prop. intell*., juill. 2004, n°12, p. 821, comm.V-L. BÉNABOU ; *Comm comm. élect*., juin 2004, p. 29, comm. C. CARON ; *Prop. Ind*., juin 2004, p. 29, comm. F. GREFFE, P. GREFFE et P. KARMINA ; *P. Aff.* , 19 juill. 2004, n°143, p. 26, comm. P. ARHEL ; *Rev. Lamy conc*., nov. 2004/janv. 2005, n°1, p. 26, comm. J. PEYRE, « Droits de Propriété intellectuelle/Droit de la concurrence : attente d'un dénouement dans les affaires IMS et Microsoft » ; *Legalbiznext*, 26 juin 2004, comm J.-B. CHANIAL et P. MASSOT**,** « IMS-Health : chronique d'une réconciliation espérée». F. SARDAIN, « L'arret IMS Health : une révolution ?, D. sept. 2004, p. 2366 ; E. DERCLAYE, L'arret IMS Health : une décision clarifiante et salutaire tant pour le droit de la concurrence que pour le droit d'auteur », A&M oct. 2004, vol. 4, p. 295 ; J.-S. BERGE, « Les rapports contrariés entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, legipresse avr. 2005, vol. 220, p. 57.

CJCE, 6 avr. 2006, General Motors BV c/ commission, *Lettre distrib*. mai 2006.

CJCE, 7 sept. 2006, Volkwagen – Audi c/ Skandinavish Motor et alii, *Europe* nov. 2006, comm. n°331, obs. L. IDOT ; *JCP* éd. *E* 2007, I, 1178, note M. CHAGNY ; *D.* 2007, pan. p. 1911, obs. D. FERRIER ; *Cont. Conc. consom*. 2007, comm. n°6, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *P. Aff.* 26 févr. 2007, n°41, p. 12, note P. ARHEL.

CJCE, 7 sept. 2006, Vulcan Silkeborg, *JCP* éd. *E* 2007, p. 16, obs. CHAGNY.

CJCE, 30 nov. 2006, A. Brünsteiner GmbH et Autohaus Hilgert GmbH c/ Bayerische Motorenwerke AG (BMW), aff. jtes. C-376/05 et C-377/05 relatives à des demandes de décision préjudicielles introduites par le Bundesgerichtshof (Allemagne), *Cont. Conc. consom*., janv. 2007, n°1, comm. 6, note M. MALAURIE-VIGNAL.

CJCE, 18 janv. 2007, City Motors Groep c/ Citroen Belux NV, *Cont. Conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE ; *Europe* mars 2008, comm. n°100, note L. IDOT ; *Cont. Conc. consom*. mars 2008, comm. n°71, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

CJCE, 15 mars 2007, British Airways c/ Commission.

CJCE, 23 avr. 2009, sté copad c/ sté Christian Dior couture, *concurrences*, 2009, n° 3, D. FERRÉ, « Distribution sélective : La CJCE considère que le licencié d'un droit de marque qui vend les produits marqués hors du réseau de distribution sélective du titulaire de la marque peut être condamné sur le fondement de l'action en contrefaçon (Copad) ».

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

TPICE, 10 juill. 1991, RTE c/ Commission, *Rec.* p. II-485.

TPICE, 10 juill. 1991, BBC c/ Commission, *Rec.* p. II-535.

TPICE, 10 juill. 1991, ITP c/ Commission, *Rec.* p. II-575.

TPICE, 24 oct. 1991, Rhône Poulenc (Polypropylene), *Rec.* p. II-867.

TPICE, 18 sept. 1992, Automec c/ Commission.

TPICE, 27 oct. 1994, *Rec.* CJCE 1994, II, p. 905.

TPICE, 12 déc. 1996, Leclerc.

TPICE, 12 juin 1997, tiercé ladbroke.

TPICE, 15 sept. 1998, *Europe* 1998, n°337, obs. L. IDOT .

TPICE 16 déc. 1999, Microsoft, *D. aff.* 2000, n°21, p. 337, G. BONET, « Le point sur l'épuisement du droit de marque selon la jurisprudence communautaire ».

TPICE, 15 juin 2000, Des Graphites, *Rec.* 1711, p.232.

TPICE, 6 juill. 2000, Volkwagen AG c/ Commission, *Rec.* p II-2707 ; *Cont. Conc. consom*., n°12, déc 2000, p. 15, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; *D. aff.*2000, n°30, p. 350, obs. E. CHEVRIER.

TPICE, 26 oct 2001, IMS Health c/ Commission, *Rec.* p. II-3193.

TPICE, 30 sept. 2003, Michelin / Commission.

TPICE, 21 oct. 2003, Opel.

TPICE, 17 déc. 2003, British Airways.

TPICE, 15 sept. 2005, DaimlerChrysler c/ Commission.

TPICE, 17 sept. 2007, Microsoft, *Cont. Conc. consom*., oct. 2007, M. DEBROUX, « Jugement Microsoft : vers une banalisation de la propriété intellectuelle dans l'analyse d'abus de dominance ? » ; *Cont. Conc. consom*., nov. 2007, *D.* BOSCO, « Abus de position dominante de Microsoft : le tribunal de première instance confirme… et Microsoft se soumet ! » ; *RTD Com*. oct.-déc. 2007, p. 715, comm. F. POLLAUD-DULIAN ; *Lamy conc.* janv.-mars 2008, p. 22, F. LEVEQUE, La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? » ; *Com. com. élect*. Mars 2008, p. 8, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Être interopérable ou ne pas être : telle est la question ! » (à propos de l'arrêt Microsoft du TPICE du 17 sept. 2007).

COMMISSION EUROPÉENNE

Comm. CE. 14 déc. 1972, Zoja/CSC-ICI.

Comm. CE. 13 déc. 1974, BMW, *RTD eur.* 1976, p. 148.

Comm. CE. 15 déc. 1975, SABA.

Comm. CE. 8 déc. 1977, Hugin c/ Liptons.

Comm. CE. 13 déc. 1985, London Sugar Futures Market Ltd, Negative clearance.

Comm. CE. 16 déc. 1985, Villeroy et Boch.

Comm. CE. 11 juill. 1988, Chambre des métiers d'Ille et Vilaine, *Gaz. Pal*. 1989. I, som. p. 251.

Comm. CE. 18 juill. 1988, Napier Brown c/ British Sugar.

Comm. CE. 21 déc. 1988, Magill TV Guide c/ ITP, BBC et RTE.

Comm. CE. 9 juin 1989, Sulphuric Acid Association.

Comm. CE. 16 déc. 1991, Yves St Laurent.

Comm. CE. 16 janv. 1992, Inchape/IEP.

Comm. CE. 17 févr. 1992.

Comm. CE. 24 juill. 1992, Givenchy.

Comm. CE. 11 juill.1996, Lucas/Varity.

Comm. CE. 28 janv. 1998, p. 60, 18e rapport pol. Conc. 1998, p. 31 ; *Europe*, juin 1998, n°200 obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 1999 J-B Blaise et L.IDOT.

Comm. CE. 22 oct. 1998, Renault/Iveco.

Comm. CE. 19 juill. 1999, Toyota Motor/Toyota Denmark.

Comm. CE. 30 nov. 1999, toyota motors / toyota France.

Comm. CE. 31 mai 1999, Ford/Kwik-Fit.

Comm. CE. 14 mars 2000, Volvo/Scania.

Comm. CE. 10 avr. 2000, Butler Capital et alii.

Comm. CE. 31 juill. 2000, Volbroker.Com.

Comm. CE. 13 juill. 2000, Deutsche Bank/SAP/JV.

Comm. CE. 1 sept. 2000, CFL New House/ Jupiter/ Scudder.

Comm. CE. 11 sept. 2000, Feu Vert/Carrefour/Auto Center.

Comm. CE. 28 oct. 2000, GF-X.

Comm. CE. 22 janv. 2001, EC4EC.

Comm. CE. 30 mai 2001, Volkswagen II, *P. Aff.* n°152, 1er août 2001, p. 5, P. ARHEL, « sévère condamnation d'une pratique de prix imposés : la deuxième affaire Volkswagen ».

Comm. CE. 20 juin 2001, Michelin.

Comm. CE. 3 juill. 2001, IMS Health.

Comm. CE. 10 oct. 2001, DaimlerChrysler.

Comm. CE. 10 oct. 2001, Mercedes-Benz.

Comm. CE. 21 nov. 2001, Vitamines, Cont. *Conc. consom*. 2003, comm. 77.

Comm. CE. 25 mai 2002, Inreon.

Comm. CE. 22 juill. 2002, Général Motors/Daewoo Motors.

Comm. CE. 28 oct. 2002, GF-X.

Comm. CE. 24 mars 2004, Microsoft, *Cont. Conc. consom*. n°5, mai 2004, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, « l'affaire Microsoft, beaucoup de bruit pour rien ? ».

Comm. CE. 30 avr. 2004, Ford Motor Company/ Polar Motor Group.

Comm. CE. 5 oct. 2005, SEP c/ Automobiles Peugeot.

Comm. CE. communiqué 13 mars 2006, *Cont. Conc. consom*. Juill. 2006 p. 23. Obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

Comm. CE. 13 sept. 2007 (4 décisions), DaimlerChrysler ; Toyota, ; Opel ; Fiat.

COUR DE CASSATION

- **1ère chambre civile**

Cass. Civ. 1er août 1950, *RTD civ.* 1951, 388, obs. CARBONNIER.

Cass. Civ. 1re, 23 oct. 1961, *D.* 1962, 45, note RODIERE.

Cass. Civ. 1re, 18 mai 1971, IMPEX, *JDI* 1972, p.62, 3 arrêts, note B. OPPETIT.

Cass. Civ. 1re, 27 avr. 1976, *JCP* éd. *G* , 1977, II, 18635, obs. J.H. ROBERT.

Cass. Civ. 1re, 5 févr. 1985.

Cass. Civ. 1re, 1er déc. 1987, *RTD civ.* 1988. p. 368, obs. Ph. Rémy; *Defrénois* 1988, art. 34157, rapp. P. SARGOS.

Cass. Civ. 1re, 2 juin 1992, *JCP* 1992, I, n°3632, obs. M. BILLIAU ; *RTD civ.* 1993, p. 122, obs. J. MESTRE ; *D.* 1993, Somm. p. 211, obs. P. DELEBECQUE.

Cass. Civ. 1re, 23 mai 1995, *D.* 1996, 113.

Cass. Civ. 1re, 7 juin 1995, *D.* 1995. p. 560, note B. BEIGNIE.

Cass. Civ. 1re. 11 juin 1996, *cont. Conc. consom*. 1996, n°164.

Cass. Civ. 1er, 13 nov. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 424, obs. J. MESTRE.

Cass. Civ. 1re, 19 nov. 1996, *D.* 1997. 609, note A. ZELCEVIC-DUHAMEL.

Cass. Civ. 1re, 1er juill. 1997, *D.* 1998, p. 32 obs. L. AYNES.

Cass. Civ. 1re, 17 févr. 1998.

Cass. Civ. 1re, 6 juin 2000, *D.* 2001.1345.

Cass. Civ. 1re, 7 nov. 2000, Trésis.

Cass. Civ. 1re, 30 mars 2004, SARL Uni-Kod c/ Sté Ouralkali, *JCP* éd. *E*, n°45-46, 4 nov. 2004, note G. CHABOT ; *JCP* éd. *G* 2004, II, 10132.

Cass. Civ. 1re, 6 déc. 2005, cts Juliet c/ Castagnet, *JCP* éd. *E*, n°8, 23 févr. 2006, note G. CHABOT, « Engagent leur responsabilité civile les arbitres qui laissent expirer le délai d'arbitrage » ; RJDA 2006, n°6, p.655.

Cass. Civ. 1re, 21 févr. 2006, *RDC* 2006, n°3, p. 704, note D. MAZEAUD, « Résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ».

Cass. Civ. 1re, 4 avr. 2006, *RDC* 2006, n°3, p. 70, note D. MAZEAUD, « Indivisibilité des contrats ».

Cass. Civ. 1re, 31 mai 2007, *RLDC* 2008/42, no 2681, note C. LE GALLOU.

Cass. Civ. 1re, 14 mars 2006, Sté Flora Partner c/ SARL Laurent Portal Rouvelet, *D.* 2006, p.931 ; *JCP* éd. *E, 8* juin 2000, n°23, p.1015, note P.-M. REVERDY.

Cass. Civ. 1re, 28 nov. 2007.

- **3e Chambre civile**

Cass. Civ. 18 oct. 1911, *D.* 1912. 1. 113, note M. PLANIOL.

Cass. Civ. 3e, 13 juill. 1966, *JCP éd G* 1967, II, no 15131, note P. DURAND.

Cass. Civ. 3e, 20 déc. 1971.

Cass. Civ. 3e, 18 avr. 1972.

Cass. Civ. 3e, 11 juin 1976, *RTD civ.* 1977 p. 137, note G. DURRY.

Cass. Civ. 3e, 17 févr. 1982.

Cass. Civ. 3e, 18 janv. 1983, *RD imm*. 1983, p. 344, obs. PH. MALINVAUD et B. BOUBLI ; *RTD civ.* 1983, p. 552, obs. PH. REMY.

Cass. Civ. 3e, 28 févr. 1984, *Gaz. Pal*. 1984, 2, p. 628, obs, M. PEISSE ; *RTD civ.* 1984, p. 783, obs. PH. REMY.

Cass. Civ. 3e , 5 févr. 1985, *RTD civ.* 1985, 737, obs. REMY *; D.* 1986, 499, note J. HUET.

Cass. Civ. 3e, 4 juin 1986.

Cass. Civ. 3e , 12 juill. 1989.

Cass. Civ. 3e, 19 juin 1991.

Cass. Civ. 3e, 7 janv. 1992, *D.*1992.somm.278.

Cass. Civ. 3e , 31 janv. 1996.

Cass. Civ. 3e, 19 mars 1997, *D.* 1997, Somm. p. 341, obs. P. BRUN ; *JCP* 1997, I, n°4030, obs. M. BILLIAU.

Cass. Civ. 3e , 9 juin 1999, *JCP* éd. *E* 1999, pan. Jurispr. p. 1369.

Cass. Civ. 3e, 13 juill. 1999, *JCP* 1999, II, n°10208, note M.-C. PSAUME ; *D.* 2000, Jur. p. 195, note E. JEULAND, et Somm. p. 277, obs. O. TOURNAFOND.

Cass. Civ. 3e, 27 mars 2002.

Cass. Civ. 3e, 27 sept. 2005.

- **<u>Chambre commerciale</u>**

Cass. Com. 26 janv. 1976.

Cass. Com. 3 juin 1997, *JCP* éd. *G* 1997, I, 4056, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1997, p. 935, obs. J. MESTRE; *D.* 1998, somm., p. 113, obs. D. MAZEAUD.

Cass. Com. 5 juill. 1962, *Gaz. Pal*. 1962, 2, p.161.

Cass. Com. 15 déc. 1969.

Cass. Com. 21 oct. 1970, *JCP* éd. *G* 1971, II, 16798, note J. HEMARD.

Cass. Com. 15 janv. 1973,*D.* 1973, p.473, note J. GHESTIN, *RTD Civ*. 1974, p.165, obs. G. CORNU.

Cass. Com. 9 mars 1976.

Cass. Com. 3 oct. 1978, *D.* 1979, I.R., p. 56, obs. A. CHAVANNE et J. AZEMA ; *RTD com.* 1979, p. 250, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI; *D.* 1980, jur. p. 55.

Cass. Com. 3 oct. 1978, *D.* 1979, I.R., p. 56.

Cass. Com. 3 juin 1982.

Cass. Com. 3 juin 1986.

Cass. Com. 20 juin 1989, *D.* 1990, jurispr. p. 246, obs. G. VIRASSAMY.

Cass. Com. 4 juill. 1989, *D.* 1990, 246, note VIRASSAMY; *JCP* éd. *G* 90, II, 21515, note DAGORNE LABBE ; *RD imm*. 1990, 370, obs. MALINVAUD et BOUBLI ; *RTD civ.* 1990, 105, obs. P. REMY.

Cass. Com. 3 juill 1990.

Cass. Com. 1er oct. 1991, *D.* 1991, inf. rap. p. 244 ; *JCP* éd. *E* 1991, pan. jurispr. p. 1305 ; *Gaz. Pal*. 12-14 avr. 1992, 1, somm.

Cass. Com. 27 oct. 1992 et CA Paris 17 févr. 1993, D. 1995, somm. P. 83, obs. D. FERRIER.

Cass. Com. 1er déc. 1992, *D.* 1995, somm. p.72, obs. D.FERRIER.

Cass. Com. 5 oct. 1993, *JCP* 1994, II, 2224, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1994, p. 604, obs. J. MESTRE.

Cass. Com. 12 oct. 1993, *Lettre distrib*. 1993-12.

Cass. Com. 5 oct. 1993, *JCP* 1994, II, 22224, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1994, p. 604; *D.* 1995, somm., p. 69, obs. D. FERRIER.

Cass. Com. 4 janv. 1994, *D.* 1995, jur. p. 355, note G. VIRASSAMY et som. p. 69, obs. D. FERRIER.

Cass. Com. 5 avr. 1994, *Cont, Conc. consom*. 1994, comm. n° 159, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1994, p. 603, obs. J. MESTRE; *D.* 1995, somm., p. 90, obs. D. MAZEAUD.

Cass. Com. 27 oct. 1998, *D.* 2000, somm., p. 362, obs. D. MAZEAUD.

Cass. Com. 28 févr. 1995, *RTD civ.* 1995, p. 885, obs. J. MESTRE.

Cass. Com. 12 déc. 1995, *D.* 1996, Somm. p. 333, obs. D. MAZEAUD.

Cass. Com. 9 juill. 1996, *JCP* éd. *E* 1996, pan. p. 1105, *Lettre distrib*., sept. 1996.

CA Nîmes, 25 janv. 1996, *D*. 1997, somm. p. 53, obs. D. FERRIER.

Cass. Com. 6 mai 1997, GOBET, *D.* 1997, Jur. p. 588, note M. BILLIAU et C. JAMIN ; *Cont. Conc. consom*. 1997, n°146, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997, p. 936, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997, p. 977, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1998, Chron. p. 25, par L. AYNES, et Somm. p. 136, obs. H. Le NABASQUE.

Cass. Com. 1er juill. 1997, *Dr. et pat.* 1998, n°56, p. 91.

Cass. Com. 7 oct. 1997, *Cont. Conc. consom*. 1998, comm. 10, obs. L. VOGEL.

Cass. Com. 21 oct. 1997, *D. aff.* 1997.

Cass. Com. 27 janv. 1998.

Cass. Com. 20 janv. 1998, *cont. conc consom* 1998, comm 56 obs. L. Vogel ; *Cont. Conc. consom*. 1998, comm. n° 56, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 1998, p. 413, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1998, p. 675, obs. J. MESTRE ; *Juris. auto.* 1998, p. 421 ; *D.* 1999, somm., p. 114, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* éd. *G* 1999, II, 10085, obs. J.-P. CHAZAL.

Cass. Com. 7 avr. 1998, *D.* 1998, somm. p. 332, obs. D. FERRIER ; *Cont. Conc. consom*. 1998, comm. 118, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO; *Juris. auto.* 1998, p. 420 ; *RTD civ.* 1999, p. 79, obs. J. MESTRE.

Cass. Com. 17 mars 1998, *JCP* éd. *E* 1998, n°20/21, p. 781 ; *Cont. Conc. consom*. 1998, comm. n°88, obs. L. LEVENEUR.

Cass. Com. 7 avr. 1998, Citroën c/ Société Alès., *D.* 1998, Somm. p. 332; *RTD com.* 1998, p. 992, obs. S. POILLOT-PERUZZETO ; *RTD com.* 1999, p. 180, obs. B. BOULOC ; *RTD civ.* 1999, p. 79, obs J.MESTRE.

Cass. Com. 27 oct. 1998, *Juris. auto.* 1999, p. 298 ; *D*. 2000, somm., p. 362, obs. D. MAZEAUD.

Cass. Com. 26 janv. 1999, Sté Automobiles J.-Y. BERTHIER c/ Sté Armorique autos et autres, *D. aff.* 1999, n°155, p. 557, E. CHEVRIER, « Mention de la qualité de l'opérateur intervenant sur le marché parallèle et preuve de la licéité de l'approvisionnement ».

Cass. Com. 6 juill. 1999, *RJDA* nov. 1999, n°1197.

Cass. Com, 19 oct. 1999, Le Brasseur c/ Garages Sorin, *D. aff.* 2000, n°15, p. 341, L. MAUGER-VIELPEAU, « le revendeur non agréé : un concurrent qui profite des avantages du réseau sans en supporter les contraintes » ; *D. aff.* 2000, n°3, p. 43, obs. J. FADDOUL, « étendue de la charge de la preuve incombant à un revendeur non agréé de l'approvisionnement régulier et licéité de la garantie constructeur dans sa publicité » ; *D.* 2001, somm. P. 298, obs. D. FERRIER ; *Juris. auto.* 2000, p. 32.

Cass. Com. 25 janv. 2000, *Cont. Conc. consom*. 2000, comm. n°64, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *Juris. auto.* 2000, p. 364.

Cass. Com. 25 avr. 2000, *D*. 2001. somm. 3227, obs. D. MAZEAUD.

Cass. Com. 16 mai 2000, *RJDA* 2001, n° 856.

Cass. Com. 27 mars 2001, *Dr. et pat*., août 2001, p. 108, obs. P. CHAUVEL.

Cass. Com. 25 avr. 2001, *D.* 2001, somm., p. 3238, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *Juris. auto.* 2002, p. 44.

Cass Com. 3 juill. 2001.

Cass. Com. 4 déc 2001, *Comm. Com. électr*. 2002, Com. 38, obs. C. VILMART ; *Prop. Ind*. 2002, comm. 12, obs J. SCHMIDT-SZLAZWSKI ; *Cont. Conc. consom*. 2002, comm. 46, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

Cass. Com. 29 janv. 2002, Sté Renault c/ Sté Cogera et Sté Bronner, *Cont. Conc. consom*., n°8-9, août-sept. 2002, p. 23, note M. MALAURIE-VIGNAL.

Cass. Com., 29 janv. 2002, *Cont. Conc. consom*. 2002, comm. n° 123, obs. M. MALAURIE.

Cass. Com. 6 mai 2002, *Juris. auto.* 2002, p. 356.

Cass. Com., 2 juill. 2002, Sté Opel France c/ SARL Automobile France Finance et a., *D.* 2002, Jur. P.93, note D. MAZEAUD ; *RTD com.* 2002, p. 494, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; *RTD Civ.* 2002, p.810, obs. J.MESTRE et B. FAGES ; *Juris. auto.* 2002, p. 561 ; *D.* 2003, p. 2426, comm. D.FERRIER, « Le

concédant peut choisir un concessionnaire de manière discrétionnaire, mais non arbitraire » ; *JCP* éd. *G*, n°6, 5 févr. 2003, II 10023, comm. par D. MAINGUY « L'abus de droit commis dans le refus d'agrément à la circulation d'un contrat de distribution » ; *RTD com.* 2003, p. 359, obs. B. BOULOC.

Cass. Com. 25 févr. 2003.

Cass. Com. 24 sept. 2003, *JCP* 2004, I, 123.

Cass. Com. 5 oct. 2004, Sté Rover France c/ Marinho, *Juris. auto.* 2004, p. 687; *Cont. Conc. consom*.,n°1, janv. 2005, note L. LEVENEUR *; JCP* éd. *E*, n°15-16, 14 av. 2005, p. 669, note M. CHAGNY, « Le contrôle du refus d'agrément d'un nouveau concessionnaire et de la résiliation consécutive du contrat de concession » ; *D.* 2005, chron. p. 2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2005, p.127 et p.128, obs. J. MESTRE et B. FAGES; *RTD com.* 2005, p.407, obs. B. BOULOC ; *RDC* 2005, n°2, p.384, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *concurrences*, 2005, n° 1, D. FERRÉ, « Distribution automobile - Refus d'agrément : La Cour de cassation considère que le concédant est libre dans l'organisation de son réseau et dans le choix de ses concessionnaires (Rover France) ».

Cass. Com. 3 nov. 2004.

Cass. Com. 11 janv. 2005, *D.* 2006, Pan. P. 516, obs. D. FERRIER.

Cass. Com. 28 juin 2005, SA Daimler-Chrysler c/ Garage Gremeau ; rectifié par Cass. Com., 12 juill. 2005, *D.* 2006, pan. p. 512, obs. D. FERRIER ; *JCP éd. E* n°47, 24 nov. 2005, 1701, note M. CHAGNY ; *Cont. conc. consom.* nov. 2005, comm. n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2006, p. 2226, note R. BERTIN ; *Juris. auto.* 2005, p. 476, *Lamy dr. conc*. nov.-déc. 2005, n°5, p. 25, J. PEYRE, « Refus d'agrément dans un réseau de distribution automobile ».

Cass. Com. 12 juill. 2005, NMPP (Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne), *JCP* éd. *E* n°47, 24 nov. 2005, 1701, note M. CHAGNY ; *Cont. Conc. consom*. nov. 2005, comm. n°191, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2006, pan. p. 512, obs. D. FERRIER ; *D.* 2006, p. 2226, note R. BERTIN ; *Cont. Conc. consom*., avr. 2006, p.25, note G. DECOCQ.

Cass. Com. 6 déc. 2005, Roquefort.

Cass. Com. 13 déc. 2005, Sté Garage Loustaunau c/ Sté Établissement Lavillauroy, *RTD com.* 2006 p. 429 « Fusion et changement de partenaire : les beaux jours de l'intuitus personae » ; *Cont. Conc. consom*., avr. 2006, p.13, note l. LEVENEUR, « une fusion malencontreuse : le contrat n'était pas transférable de plein droit ».

Cass. Com. 17 janv. 2006, SPEA c/ société Peugeot et GCAP.

Cass. Com. 14 mars 2006, *JCP* éd. *G* 2006, II, 1832.

Cass. Com. 19 sept. 2006, Orphée c/ Dior.

Cass. Com., 6 mars 2007 (2 espèces) , SA garage de Bretagne, *JCP* éd. *G* 2007, I, 195, p. 19, obs. M. CHAGNY ; *Cont. Conc. consom.* 2007, comm. n°148 et 149, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *Juris. auto.* 2007, p. 380 ; *Cont. Conc. consom.* févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE.

Cass. com. 12 juin 2007, *concurrences*, 2007, n° 3, N. GENTY, « Concession exclusive - Clientèle : La Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils caractérisent la constitution par le concessionnaire d'une clientèle propre pour déterminer si celui-ci a cédé un fonds de commerce (Lara/Brenuchot) ».

Cass. Com. 26 juin 2007, *P. Aff.* 30 nov. 2007, n°240, p. 13, note L. ARCELIN-LÉCUYER *; Cont. Conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE.

Cass. Com. 29 janv. 2008, *Cont. Conc. consom*. mars 2008, comm. n°69, obs. N. MATHEI.

Cass. com. 26 mai 2009, Lechevin c/ Société Hadimo, *concurrences*, 2009, n° 3, R. PIHÉRY, « Mandat d'intérêt commun : La Cour de cassation rappelle que le mandat est qualifié d'intérêt commun

lorsque mandant et mandataire ont un intérêt partagé au développement de la clientèle (Lechevin) ».

Cass. com. 2 déc. 2008, société au sol d'or c/ société clause tezier, *concurrences*, 2009, n°1, D. FERRÉ, « Réorganisation d'un réseau : La Cour de cassation rappelle que la réorganisation d'un réseau peut être opérée librement par le promoteur du réseau, les distributeurs ne bénéficiant d'aucun droit acquis au maintien de leur situation ».

Cass. Com. 15 déc. 2009.

- **Chambre criminelle**

Cass. Crim. 31 oct. 1962.

Cass. Crim. 22 juin 1967.

Cass. Crim. 10 déc. 1970.

Cass. Crim. 24 janv. 1996, *BID* 1996, n°5, p. 33.

Cass. Crim. 27 nov 1990.

Cass. Crim. 22 sept. 2004, *D.* 2005, p. 411, note B. LAMY.

Cass. Crim. 19 sept. 2006.

Cass. Crim. 4 mars 2008, *D.* 2008, p. 2213, note S. DETRAZ.

- **Chambre sociale**

Cass. Soc. 4 avr. 1979.

Cass. Soc. 30 nov. 1983.

Cass. Soc. 14 nov. 1984.

Cass. Soc. 4 oct. 1995, *JCP* éd. *E*, 26 Sept. 2002, n°39, Comm. R. BERTIN, « Le changement de concessionnaire exclusif de la vente de véhicules automobiles d'une marque entraîne transfert des contrats de travail ».

Cass. Soc. 13 avr. 1999, SADAP et Centrauto c/ Renault.

Cass. Soc. 28 mai 2003.

Cass. Soc. 11 juin 2002, Sté Grands Garages de l'Avenir c/ Sté Paillar, *JCP* éd. *E* 2002, 1383, note R. BERTIN ; *JCP* éd. *G* 2002, II, 10167, note R. BERTIN; *JCP* éd. *E* 2002, n°47, L. VOGEL et J. VOGEL, « La concession exclusive à l''épreuve de l'article L. 122-12 du Code du travail ».

Cass. Soc. 23 févr. 2003, *RJS* 2003/4, n°418.

Cass. Soc. 12 mars 2003, Primagaz.

Cass. Soc. 19 mars 2008, *RLDA* 2008/29, n° 1749.

Cass. Soc. 13 juin 1990, *D.* 1990. IR. 184.

Cass. Soc. 17 janv. 1979, *D.* 1979. IR. 298.

- **Assemblée plénière et chambre mixte**

Cass. Ass. Plén. 16 mars 1990, *D.* 1990. 305, note A. LYON-CAEN ; *Dr. Soc.* 1990.399, conclu. DONTEWILLE, notes P.-Y. COUTURIER et C. PRIETOT ; *JCP* éd. *E* 1990. I.19726.

Cass. Ass. Plén, 31 mai 1991, D. 1991, 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN.

Cass. Ass. Plén, 1er déc. *1995*, *4 arrêts, P. Aff.*, n°155, 1995, p.16, D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats ».

Cass. Ch. Mixte 18 juin 1982.

COUR D'APPEL

CA Paris, 22 déc. 1966, *JCP* éd. *G* 1967, II, 15085.

CA Paris, 17e ch. B, 18 févr. 1977, *JCP* éd. *G* 77, II, 18675, Obs. MALINVAUD.

CA Rouen, 13 janv. 1981, *PIBD* 1981, III, p. 62.

CA Colmar, 3 févr. 1988, *RTD civ.* 1989, p.79, obs. J. MESTRE.

CA Versailles, 12 sept. 1990, *BID* 1991-1, p.31.

CA Paris, 28 févr. 1991, *PIBD*, 1991, III, p. 454.

CA Paris, 14e ch. A, 3 févr. 1993.

CA Nîmes, 25 juin 1993, El Hanouni et a. c/ Garage de l'Europe.

CA Paris, 1è févr. 1993, D. 1995, somm. P. 83, obs. D. FERRIER.

CA Paris, 11 mars 1993, France-Loisirs c/ Le grand livre du mois.

CA Paris,15 sept. 1993, *Cont. Conc. consom*., mai 1994, n°100, obs. L. VOGEL.

CA Paris, 20 mai 1994, *D.* 1995, somm. p.70, obs. D.FERRIER.

CA Versailles, 27 sept. 1994, *D.* 1995, somm. p. 206, obs. Y. SERRA.

CA Paris, 29 nov. 1995, *PIBD* 1996, III, p. 109.

CA Nîmes, 25 janv. 1996, *D.* 1997, somm. p. 53, obs. D. FERRIER.

CA Paris, 7 nov. 1996, *JCP* 1997, II, 22857, note P. MOUSSERON.

CA Paris, 14 févr. 1997.

CA Paris, 14 févr. 1997, *JCP* éd. *G* 1998, II, n° 10000, note B. FAGES.

CA Paris, 9 sept. 1997, *D. aff.* 1997, p. 1416 ; *RTD civ.* 1998, p. 102, obs. J. MESTRE.

CA Paris, 1er sept. 1998, *Cont. Conc. consom*. 1998, comm. 163, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

CA Paris, 11 mars 1999, *Cah. dr. entr*. 1999/2, p. 30, obs. D. MAINGUY; *D.* 1999, IR p.82.

CA Paris, 26 mars 1999, *JCP* 2000, II, 10244 notes J.- P CHAZAL.

CA Lyon, 7 juin 1999, Espace Lyonnais c/ Elite Motors.

CA Paris, 29 juin 1999.

CA Paris, 1er juill. 1999.

CA Paris, 29 nov. 1999, Sté Axautos Raspail.

CA Versailles, 13e ch., 2 déc. 1999, S.A Pierre Fabre Dermo Cosmétique c/ Breckler, *JCP.* éd. *E*.2000, n°30, p.123.

CA Paris, 15 févr. 2000, *Cont. Conc. consom*. 2000, comm. n°65, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

CA Rennes, 11 avr. 2000, Heim Magne c/ Rover France.

CA Paris, 18e ch., 27 sept. 2000, *JCP* éd. *E* 2000, n°46, p. 1818.

CA Paris, 11 oct. 2000, Little Rock SARL c/ Levi Strauss Continental SA, *D. aff.* 2000, n°44, p. 442, « l'image du produit est-elle un critère de validité de la distribution sélective ? ».

CA Paris, 5e ch., 9 nov. 2000, S.A Marley c/ S.A Rolex.

CA Paris, 8 févr. 2001, Sté Établissements Michel c/ Sté Garage Picot.

CA Paris, 5e ch., 18 févr. 2000, Sté GVF c/ Sté Euro, Car, *D. aff*. 2000, n°16, p. 195, obs. E. CHEVRIER, « Validité d'une clause de non-concurrence pesant sur une concession automobile exploitée en société » : la clause de non-concurrence est valable tant à l'égard du concessionnaire personne physique qu'à l'égard du concessionnaire personne morale et des dirigeants de celle-ci.

CA Amiens, 3 avr. 2001.

CA Douai, 31 janv. 2002, Sté Autopole et a. c/ Sté Groupe Volkswagen SA et a., *Lamy Dr. éco*. mars 2002, bull. A, p. 1, R. BERTIN, « Les constructeurs automobiles employeurs potentiels des salariés de leurs concessionnaires ».

CA Paris, 2 mai 2002, *JCP* éd. *E*, n°42, 17 oct. 2002, note R. BERTIN, « Sanction du détournement par le concédant de sa prérogative d'agrément du nouveau concessionnaire et rupture fautive du contrat de concession automobile ».

CA Pau, 17 juin 2002, Salariés Garage des vallées c/ Duhau.

CA Paris, 16e ch. B. 4 oct. 2002, S.A Garage A.Picot c/ S.A. Michel, *P. Aff.*, 11 sept. 2003 n°182, p.4, note R. BERTIN.

CA Paris, 4 juin 2003, SA FIAT AUTO France c/ garage Oliver.

CA Riom, 1re ch. civ., 6 nov. 2003, Sté Polo/Lauren Company Lp, c/ Sarl Diffusion, *Prop. Ind*., Juin 2004, n°6, J.-P. VIENNOIS, « Violation d'un réseau de distribution sélective ».

CA Paris, 9 déc. 2003, *Cont. Conc. consom*. 2004, comm. 44 ; *RJDA* 2004, p. 692.

CA Lyon, 3e ch. civ., 8 janv. 2004, Sté Euro France Textiles SA c/ Sté WBH Mode SARL et Sté Captive SARL : Juris-Data n°2004-238206 ? Prop. Ind., Juillet 2004, n°7, J.-P. VIENNOIS, « Commercialisation de produits identiques à ceux de son concurrent »

CA Paris, 12 févr. 2004, *Cont. Conc. consom*., n°7, juill. 2004, note M. MALAURIE-VIGNAL, « une nouvelle application de la théorie des installations essentielles en matière informatique ».

CA Grenoble, 31 mars 2004, Autostyl c/ Nissan France.

CA Dijon, 1er avr. 2004, Garage Gremeau c/ DaimlerChrysler*, concurrences*, 2005, n° 1 ? D. FERRÉ, « Distribution automobile - Critères de sélection : La Cour d'appel de Dijon considère que le constructeur automobile est libre dans le choix de ses distributeurs sous réserve de faire une stricte application des critères de sélection (Garage Gremeau/Daimler Chrysler) ».

CA Douai, 15 avr. 2004, Centre Automobile Artésien c/ BMW.

CA Paris, 4e ch., sect. A, 5 mai 2004.

CA Paris, 29 juin 2004, SPEA c/ Renault.

CA Orléans, 15 juill. 2004, Toyota France C/ Autodiffusion 45, *RDC* 2005, n°1, p. 385, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

CA Versailles, 15 déc. 2004, Girodo Le Clézio c/ Nissan France.

CA Versailles, 24 févr. 2005, Nissan France c/ Policar Automobiles.

CA Paris, 2 mars 2005, SARL Kitch Moto c/ SA Suzuki France.

CA Paris, 5e ch. A, 8 juin 2005, SA LCJ Diffusion c/ SA La Roche Posay, SNC Cosmétique Active France, J.-P. VIENNOIS, « Revente hors d'un réseau de distribution sélective », *Prop. Ind*., Sept. 2005, n°9 ; « Critères de sélection et licéité d'un réseau de distribution sélective », lamy. conc. nov. Déc. 2005, n°5, p. 24.

CA Rennes, 28 juin 2005, Huyndai France c/ Cap Motors 29.

CA Paris, 11 janv. 2006, Ford France automobiles*, concurrences*, 2006, n° 2, D. FERRÉ, « Concession automobile - Obligation d'assistance : La Cour d'appel de Paris confirme la jurisprudence selon laquelle un concédant qui respecte le préavis contractuel propre à permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion n'est pas tenu d'une obligation d'assistance à cet égard (Ford France Automobiles) ».

CA Paris, 9 févr. 2006, *D.* 2006, AJ p. 149, obs. A. LIENHARD, P. LE CANNU.

CA Paris, 1er mars 2006, SAS General Motors c/ Sté Coroller Automobiles.

CA Paris, 14 juin 2006, SA centre d'activités automobiles c/ SAS général Motors France.

CA Paris, 21 juin 2006, garage Chauvot & Fils c/ Volvo Automobiles.

CA Paris, 26 sept. 2006, *Cont. conc, consom*. 2006, comm. 226, obs. M. MALAURIE.

CA Paris, 12 déc. 2006, Bouygues Télécom, *JCP* éd. *E* 2007, 1179, obs. S.GRANDVUILLEMIN.

CA Bastia, 14 févr. 2007, Costa Verde Automobile c/ Nord Auto.

CA Versailles, 5 avr. 2007, Automobiles Hyundai France c/ Garage du Carrefour, *Conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 11, obs. Ch. CLAUDE.

CA Paris, 5ème Ch. B, 7 juin 2007.

CA Paris, 30 sept. 2008, *Prop. Intel*. Janv. 2009, n°30, p. 5, M. ROCHE, « entre concurrence et propriété intellectuelle ».

CA Paris, 2 oct. 2008, Sarl Auto Normandie Louviers c/ SA Fiat France, RDC juill. 2009, p. 972.

CA Paris, 5 ch. A, 21 janv. 2009, SA groupe Volkswagen c/ SA Montélimar Automobiles.

CA Paris, 29 oct. 2009, *Laboratoires Pierre Fabre dermo-cosmétique ; Comm. comerc. élect. déc. 2009,* M. CHAGNY, « l'interdiction de la vent en ligne aux revendeurs agréés devant la Cour d'appel de Paris : la position de la … Commission en attendant celle de la... Cour de justice ; *JCP éd. E* 2009, actua. 571, C. VILMART, « Restrictions de concurrence par objet : la Cour de Paris invite la Cour de justice à la règle de raison » ; *concurrences*, 2010, n° 1, **D. FERRÉ, « Ventes sur internet** : La Cour d'appel de Paris saisit la CJUE d'une question préjudicielle sur la possibilité pour un opérateur d'interdire la commercialisation de ses produits sur internet ("Pierre Fabre Dermo-Cosmétique") » ; *concurrences*, 2010, n°1, p. 161, C. MOMEGE, « Ventes par internet : La Commission européenne intervient devant la Cour d'appel de Paris sur la question des ventes par internet (Pierre Fabre Dermo-cosmétiques) » ; *concurrences*, 2010, n° 1, p. 91, M. DEBROUX, « Distribution par Internet - Question préjudicielle : La Cour d'appel de Paris demande à la Cour de justice de déterminer si l'interdiction générale et absolue faite aux distributeurs agrées de vendre sur internet les produits

contractuels aux utilisateurs finals constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 101 TFUE(Pierre Fabre Dermo-cosmétiques) ».

CA Paris, 2 déc. 2009, SARL Auto 24 c/ SAS Jaguar Land Rover France, concurrences, 2010, n° 2, p. 94, N. ERESEO, « Essaimage : la Cour d'appel de Paris estime qu'un constructeur automobile ne peut être tenu pour responsable de l'exercice par un de ses distributeurs de la faculté d'essaimage offerte par le règlement n°1400/2002 ».

CA Paris, ch. 5-5, 21 janvier 2010, Laudat c/ Groupe Volkswagen France, *concurrences*, 2010, n° 3, p. 103, D. FERRIER, « Contrat de concession automobile : La Cour d'appel de Paris estime que la résiliation d'un contrat de concession à durée indéterminée et le refus d'agrément d'un candidat à l'acquisition du fonds de commerce du concessionnaire ne sont pas en eux-mêmes abusifs(Laudat / Groupe Volkswagen France, Groupe Volkswagen France / Europe Garage) ».

CA Paris, 16 juin 2010, Groupe Volkswagen France c/ Europe Garage. *concurrences*, 2010, n° 3, p. 103, D. FERRIER, « Contrat de concession automobile : La Cour d'appel de Paris estime que la résiliation d'un contrat de concession à durée indéterminée et le refus d'agrément d'un candidat à l'acquisition du fonds de commerce du concessionnaire ne sont pas en eux-mêmes abusifs(Laudat / Groupe Volkswagen France, Groupe Volkswagen France / Europe Garage) ».

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Cons. conc. 9 mai 1995.

Cons. conc. 19 mars 1996, avis relatif à une meilleure protection du consommateur qui recourt aux services d'un mandataire automobile.

Cons. conc. 3 sept. 1996 , Héli-Inter.

Cons. conc. 25 févr. 1997, Cons. conc., rapp. Annuel 2004, § 141.

Cons. conc. 4 juin 1997.

Cons. Conc. 2 févr. 1999.

Cons. conc. 18 mai 1999.

Cons. Conc. 22 mai 2002.

Cons. conc. 17 mars 2003, situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitré et des communes limitrophes.

Cons. conc. 31 mars 2003.

Cons. conc. 6 juin 2003.

Cons. Conc. 22 déc. 2003, Société des Messageries Lyonnaises de Presse.

Cons. conc. 23 déc. 2003, pratiques mises en œuvre par la société Renault et le groupement des concessionnaires Renault dans le secteur de la distribution automobile.

Cons. conc. déc. 23 déc. 2003, relative aux pratiques mises en œuvre par Peugeot et le Groupement des Concessionnaires Automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile.

Cons. Conc. 6 juill. 2004, relative aux pratiques mises en œuvre par les sociétés Peugeot Citroën Automobiles SA et Covisint sur le marché des applications Web-EDI mises en place dans le secteur automobile.

Cons. conc. 9 nov. 2004, Pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. Dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, *Cont. Conc. consom*., n°1, janv. 2005, note M. MALAURIE-VIGNAL.

Cons. conc. 25 nov. 2005, Palaces parisiens.

Cons. conc. 30 nov. 2005.

Cons. conc. 18 janv. 2006.

Cons. conc. 28 mars 2006, communiqué de procédure, J.-P. VIENNOIS, « Internet et distribution sélective », *Prop. Ind*., sept. 2006, n°9.

Cons. conc. 16 mai 2006, Turbo Europe.

Cons. Conc. 24 juill. 2006 , Festina France, *Cont. Conc. consom*. 2006, comm 187.

Cons. conc. 20 sept. 2006, Stés Autodistribution et AD Net c/ Citroën.

Cons. conc. 5 oct. 2006, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home ciném, Lab Focal JM.

Cons. conc. 5 oct. 2006, avis relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse, *Concurrences* 2006, n°1, p. 129, Chron. E. CLAUDEL ; *Concurrences* 2006, n°3, p. 33, F. LEVEQUE, « Faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? Ou la jurisprudence John Deere vue par un économiste » ; *Cont. Conc. consom*. mai 2006, p. 5, P. WILHEIM et F. VEVER, « Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence ».

Cons. conc., 5 oct. 2006, distribution sélective de matériels Hi-fi et Home Cinema, *concurrences*, 2007, n° 1, R. PIHÉRY, « Distribution sélective et internet : Le Conseil de la concurrence se prononce sur les pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériel Hi-fi et Home cinéma (Bose-Focal-Triangle)».

Cons. conc. 6 oct. 2006.

Cons. conc. 6 juil. 2006.

Cons. conc. 9 oct. 2007.

Cons. conc. 25 févr. 2008, NMPP, (Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne).

TRIBUNAL DE COMMERCE

T. Com. Paris, 20 juin 1979, *JCP* éd. *E* 1979, *Cah. dr. entr*., n°6, p.14.

T. Com. Paris, ord., 4 nov. 1987.

T. Com. Pontoise, 15 avr. 1999, Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques, *D. aff.* 1999, n°44, p. 725, note C. MANARA, «Web et distribution sélective ; *D. aff.* 1999, n°166, p. 992, obs. E. CHEVRIER, « la vente, par un distributeur agréé, des produits contractuels sur un site internet est-elle licite ? ».

T. Com. Nanterre, 4 oct. 2000, Yves St Laurent c/ Parfumsnet. D.2001, p.1317.

T. Com. Romans-sur-Isère, 24 mai 2006, Autostyl c/ Nissan France.

T. Com. Paris, 22 mai 2007, Salentine Automobiles c/ Général Motors France, *Cont. Conc. consom*. févr. 2008, chr. p. 13, obs. Ch. CLAUDE.

T. com. de Bobigny, 29 janv. 2008, Association des agents et mandataires exclusifs Nouvelles Frontières c/ Nouvelles Frontières Distribution, *concurrences*, janv. 2008, n° 2, M. KOEHLER de MONTBLANC, « Bonne foi - Distribution Internet : Le Tribunal de commerce de Bobigny juge que la bonne foi contractuelle justifie l'adaptation des contrats de distribution à la création d'un site Internet par le fournisseur (Nouvelles Frontières Distribution) ».

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

TGI Seine, 8 févr. 1962, *JCP* éd. *G* 1962, II, n° 12854, note J.-M. MOUSSERON.

TGI Nanterre, 20 mars 2000, Sony Corporation, *D. aff.* 2000, n°23, p. 287, obs. C. MANARA.

LETTRE DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE

Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 17 oct. 2002, à Monsieur le Président de la société GUEUDET frères, relative à une concentration dans le secteur de l'exploitation de concessions automobiles.

Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 8 nov. 2002, aux conseils de la société RFA Nord, relative à une concentration dans le secteur de la distribution au détail de véhicules automobiles.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

Cons. éco. et Soc., avis et rapp. 26 avr. 1973, p. 305.

Cons. éco. et Soc., avis, 8 juin 2005, sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles, JOUE 17 nov. 2005, n°C 286, p. 8, pt. 5, 6.

AUTRES INSTANCES

Bundeskartellamt, communication « Bundeskartellamt allows Covisint Internet platform to go ahead », 25 Sept. 2000, accessible sur www.bundeskartellamt.de.

CEPC, 15 déc. 2004, avis relatif à la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées.

Cons. 7 mai 1985, résol. 85/C 136/01, JOCE du 4 juin 1985, n°C 136, p. 1.

RÈGLEMENTS COMMUNAUTAIRES

Règlement n°67/67 du 22 mars 1967, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'exclusivité, *JO n°057 du 25/03/1967.*

Règlement n°1983/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, *JO n°L 281 du 13/10/1983.*

Règlement n°1984/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, *JO n°L 281 du 13/10/1983.*

Règlement n°4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, *JO n°L 359 du 28/12/1988.*

Relglement n°123/85 du 12 décembre 1984, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et de services de vente et d'après vente de véhicules automobiles, *JO 1985 1 15.*

Règlement 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, *JO n° L145 du 29/06/1995.*

Règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JO n°L 336 du 29/12/1999.*

Règlement n°2821/71 du Conseil, du 20 décembre 1971, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 (ex article 85 paragraphe 3 du Traité CE) du traité à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées, *JO L 285 du 29/12/1971.*

Règlement n°2658/2000 de la Commission, du 29 novembre 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, *JO L 304 du 05/12/2000.*

Règlement n°2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement.

Règlement n°1400/2002 du 31 juillet 2002, concerant l'application de l'article 81, paraghraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JO n°L 203 du 01/08/2002.*

Règlement n°1/2003 du Conseil, 16 déc. 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité : *JO n°L 1, 04/01/2003.*

Règlement n°772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JO L 123 du 27/04/2004.*

Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : *JO n°L 102, 23/04/2010, p. 1* .

Règlement n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile : *JO n°* L 129/52, 28/05/2010

INDEX ALPHABÉTIQUE *(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)*

A

Abus de droits intellectuels ..... *Voir* Théorie des facilités essentielles
Accord de production automobile
  identification 339
  qualification 337, 389
  régime 388, 402, 408, 427, 450
    clause de confidentialité 436
      régime 439
  restrictions de concurrence 387, 452
Accord de sous-traitance de fabrication 341
  restrictions de concurrence 346
  utilisation des résultats des outils spécifiques 350
Accords de sous-traitance de conception et de fabrication
  conception de fournitures 361
  intégration de fournitures 362
  obligation de coopérer 374
    conjugaison des 379
    objet 375
  obligation de recherche & développement ... 356
    identification 357
    restrictions de concurrence 373
    validité 364
Accords d'importance mineure 91
Après-vente
  distribution sélective
    étanchéité 241
    exclusivité d'approvisionement 262
    exclusivité d'approvisionnement
      affaiblissement 263
      periode de garantie 270
    exclusivité de fourniture du constructeur .. 249
    négation 239
    obligation de fourniture des
      outils spécifiques 254
    obligation de renseigner (en informations techniques) 250
    perméabilisation 240
  normalisation technique 257
    effet de fusion 261
  sous-traitance 102
Arbitre ..... *Voir* Règlement contractuel des litiges
Automobile
  nature complexe 3

B

Bien complexe
  définition 1
BMW 3

C

Cession de contrat
  à un distributeur du réseau 174
  à un distributeur hors réseau 178
  agrément 178
  libération 184
    express ou par anticipation 187
  validité 173
Clause d'essaimage 121
Clause résolutoire de plein droit ..... *Voir* Contrat
Communication d'informations techniques ..... *Voir* Après-vente
Concession exclusive 3, 4
Concurrence
  intermarque: ..... *Voir* Essaimage, *Voir* Multimarquisme
  intramarque
    définition 59
Contrat
  cadre contractuel 125
  durée du 130
    dualité de formes 131
  non-renouvellement 151
  rupture 134
    abusive 143
    clause résolutoire de plein droit 150
    fautive 136
    indépendance contractuelle 159
    interdépendance contractuelle, ensembles contractuels 160
    motivation 137, 149
    obligation d'assistance et de conseil 142
    préavis 141
    préavis abrégé 140, 144
Contrat d'entreprise
  indépendance juridique de l'entrepreneur 246
  obligation de faire 244
  qualification 243
Crédit bail (société) 66
  définition 65

D

Deutsche Grammophon 293
Distribution
  de biens contractuels 46
  de services contractuels 73
    effets sur réseaux 79
    réparations rapides 78
    sélection qualitative 74
  exclusive 47
    sélection 51
    sur internet 53
  sélective 54
    qualitative 57
    quantitative 58
    sur internet 61

E

Effet de fusion ..... *Voir* Après-vente
Ensembles contractuels 161
Entreprises liées ..... *Voir* Marché
Equilibre contractuel 16
Equipementier
  importance économique 2, 5
  tiers
    accès au marché secondaire 268
Essaimage 93, 98, 111
  points de livraison 114
  principe 113
Exemption individuelle 13
Expert (tiers) *Voir* Règlement contractuel des litiges

F

Franchise 43

G

Garantie des composants automobiles 270
  garantie contractuelle 273
  garantie des vices cachés 272
  obligation de remplacement 274
  obligation d'indemnisation du préjudice 276

I

IMS Health 299
Informations techniques ..... *Voir* Après-vente
  définition 250

M

Magill 295
Mandataire automobile 68
  pratiques restreignant l'activité de 71
Marché
  calcul des parts de 37
    entreprise liée 41
  définition 21
  parts de marché
    dépassement 90
    seuils bas 91
    seuils hauts 82
  pouvoir de marché 6
Marché pertinent, en cause 22
  de produit 23
    substituabilité 24
  du secteur automobile 26
  géographique 33
    homogénéité de la concurrence 34
Marque de distributeur (MDD) 289, 449
Maxicar 294
Microsoft 310
Motivation de la rupture ..... *Voir* Contrat
Multimarquisme 97
  conditions d'application 106
  critique 108
  mise en oeuvre 104
  principe 105

N

Normalisation technique ..... *Voir* Après-vente

O

Obligation d'approvisionnement majoritaire 119
Obligation d'assistance et de conseil .... *Voir* Contrat
Obligation de confidentialité (dans les accords de sous-traitance) 436
Obligation de confidentialité sur les places de marché ..... *Voir* Places de marché
Obligation de coopérer ..... *Voir* Accord de sous-traitance de conception et de fabrication
Obligation de faire (dans le) contrat d'entreprise ..... *Voir* Contrat d'entreprise
Obligation de fournir les outils spécifiques ..... *Voir* Après-vente
Obligation de motivation ..... *Voir* Contrat
Obligation de non-concurrence 120
Obligation de recherche & développement ..... *Voir* Accord de sous-traitance de conception et de fabrication

Obligation de renseigner (du constructeur automobile) ..... *Voir* Après-vente
Obligation de sécurité sur les places de marché *Voir* Places de marché
Obligation exclusive d'approvisionnement ..... *Voir* Après-vente
Obligation exclusive de fourniture (à la charge du constructeur automobile) ..... *Voir* Après-vente
Outils spécifiques
dans les accords de sous-traitance *Voir* Accord de sous-traitance de fabrication
Outils spécifiques
dans l'après-vente .. *Voir* Obligation de fourniture des outils spécifiques

P

Part de marché ..... *Voir* Marché
Pièce de rechange
apposition du logo 287
clause de réparation 328
de qualité équivalente 283
définition 278
d'origine 283
qualification 281
preuve 285
visible
protection par les Dessins & Modèles 322
visibles
protection par le droit d'auteur 327
régime 320
Place de marché
accès 204
clause d'exclusivité 214
licéité 215
conditions d' 205
droit d'entrée 208
mauvaise utilisation du portail 213
problèmes techniques 212
refus d' 209
sélection 206
suspension ou limitation de l' 211
définition 200
échanges d'informations 228
informations confidentielles 229
individuelle et collective 201
utilisation 218
attaques informatiques 221
obligation de confidentialité 227
obligation de sécurité 219
personnes habilitées à 225
Préavis de rupture ..... *Voir* Contrat
Production automobile
mode de 2

R

Règlement 1400-2002
champ d'application 44
rapport avec le régime général 10
traitement conjoncturel 15, 123, 194
traitement de la nature complexe 196, 332
Règlement contractuel des litiges 164
modes de 165
Recours au juge national 170
recours obligatoire 168
Recours préalable 167
Réparateur indépendant
définition 244
Réseaux
de production automobile 379
identification 380
multiplicité des contrats 381
nature 383
similarité des contrats 382

T

Théorie de minimis ..... *Voir* Accords d'importance mineure
Théorie des facilités essentielles 295, 305
application dans le régime automobile 314
clause de réparation 322
communication d'informations techniques ... 317
communication d'informations techniques ... 315
Tiers expert .. *Voir* Règlement contractuel des litiges
Transmission de contrat ..... *Voir* Cession de contrat

U

Utilisateur final
crédit-bail (société de) 66
mandataire automobile 68
qualification 64
réparateur automobile 243

V

Vente
lien avec après-vente 101
Volvo 294

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE. UN RÉGIME CONJONCTUREL DES ACCORDS DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE 18

TITRE 1. L'AJUSTEMENT DU RÉGIME GÉNÉRAL À LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE 20

CHAPITRE 1. LA PRISE EN COMPTE DES INTÉRÊTS COMMERCIAUX DU DISTRIBUTEUR AUTOMOBILE 22

SECTION 1. LA DÉTERMINATION DES MARCHÉS CONCURRENTIELS DU SECTEUR AUTOMOBILE 23
§1. L'identification des marchés concurrentiels du secteur automobile 24
I. La détermination des marchés de produit du secteur automobile 25
A. Le principe de la substituabilité des produits 26
B. L'application au secteur automobile du principe de la substituabilité des produits 28
1. L'identification des marchés pertinents du secteur automobile 28
2. L'identification des produits présents sur un même marché pertinent 30
II. Les marchés géographiques du secteur automobile 32
A. Le principe d'homogénéité de la concurrence 32
B. L'application du principe d'homogénéité de la concurrence 33
§2. Le calcul des parts de marché des constructeurs automobiles 35
I. Un calcul différencié selon l'objet du calcul 35
A. Le calcul des parts de marché en matière de vente d'automobiles 35
B. Le calcul des parts de marché en matière d'après-vente automobile 36
II. Un calcul intégrant les parts de marché des entreprises liées 37

SECTION 2. L'EXAMEN DES CONDITIONS D'EXEMPTION DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE 41
§1. L'admissibilité des réseaux de distribution automobile 44
I. L'admissibilité des réseaux de distribution de biens contractuels 45
A. L'admissibilité des réseaux de distribution exclusive 45
1. L'exemption des accords de distribution exclusive 45
a) Une admissibilité implicite de la distribution exclusive 46
b) Un pouvoir de sélection discrétionnaire ? 47
2. La distribution exclusive au regard de la distribution électronique 48
B. L'admissibilité des réseaux de distribution sélective 51
1. L'exemption des accords de distribution sélective 52

a) Distribution sélective qualitative et distribution sélective quantitative 53
b) La distribution sélective au regard de la distribution électronique 58
2. La qualification d'utilisateur final 63
a) La société de crédit bail utilisateur final 63
b) Le mandataire automobile 66
II. L'admissibilité des réseaux de distribution de services contractuels 71
A. L'admissibilité des réseaux de distribution sélective qualitative 72
1. Le marché des services de réparations lourdes 73
a) Le recours obligatoire à la distribution sélective qualitative 73
b) La sélection qualitative des réparateurs agréés 74
2. Le marché des services de réparation rapide 75
B. Les conséquences de la distribution sélective qualitative sur les réseaux 76
§2. L'admission des réseaux de distribution automobile 77
I. L'exemption fonction des seuils hauts de parts de marché 78
A. Les seuils de parts de marché commandant l'exemption 78
1. Les seuils de parts de marché 78
a) Les seuils de parts de marché de la distribution de véhicules 79
b) Les seuils de parts de marché de la distribution de pièces de rechange et de services après-vente. 80
2. Le cas particulier de la création d'un nouveau marché pertinent 81
B. Le dépassement des seuils de parts de marché 82
II. L'exemption fonction des seuils bas de parts de marché 83

CONCLUSION CHAPITRE 1 87

CHAPITRE 2. LA LIBÉRALISATION DE LA CONCURRENCE INTERMARQUES 88

SECTION 1. UNE LIBÉRALISATION RENFORCÉE EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION DE VÉHICULES NEUFS 90
§ 1. Une concurrence intermarques renforcée par le multimarquisme 91
I. La spécialisation dans la vente et/ou l'après-vente 91
A. La cassure du lien entre vente et après-vente 91
B. La sous-traitance de l'après-vente 93
II. Le recours facilité du distributeur au multimarquisme 93
A. La mise en œuvre du multimarquisme 94
1. Le principe du multimarquisme 94
2. L'application du multimarquisme 95
B. La mise en perspective du multimarquisme 98
§ 2. Une concurrence intermarques favorisée par la clause d'essaimage 100
I. La mise en œuvre de la faculté d'essaimer 100
A. Le principe de l'essaimage 101
B. Les critères qualitatifs des points de livraison 102
II. La mise en perspective de la faculté d'essaimer 103

SECTION 2. LA LIBÉRALISATION RENFORCÉE DE LA CONCURRENCE INTERMARQUES EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION DE PIÈCES DE RECHANGE ET DE SERVICES DE RÉPARATION.....105
§1. L'assouplissement des clauses de multimarquisme.....105
I. Le régime des clauses d'achat minimal.....106
II. Le régime des clauses de non-concurrence.....107
§2. La suppression des clauses d'essaimage.....108

CONCLUSION CHAPITRE 2.....110
CONCLUSION TITRE 1.....112

TITRE 2. LE RÉÉQUILIBRAGE DU CONTRAT DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE.....114

CHAPITRE 1. LE RÉÉQUILIBRAGE À TRAVERS LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DU CONTRAT.....118

SECTION 1. L'ENCADREMENT DE LA DURÉE ET DE L'EXTINCTION DU CONTRAT.....119
§1. L'encadrement de la durée du contrat de distribution automobile.....119
§2. L'encadrement de l'extinction du contrat de distribution automobile.....122
I. Les conditions de validité de la rupture du contrat.....123
A. La rupture du contrat ou son non-renouvellement est fautif.....124
1. L'inexécution de l'obligation de motivation.....124
2. L'absence d'indemnisation du concessionnaire lors de la rupture avec préavis abrégé d'une année.....128
3. L'inexécution de l'obligation de préavis.....128
4. L'inexécution de l'obligation d'assistance et de conseil durant le préavis.....129
B. La rupture du contrat ou les conditions de son non-renouvellement sont abusives.....131
1. Le recours abusif au préavis abrégé pour réorganisation du réseau.....132
a) Une modification significative des structures de réseau ?.....134
b) Une justification économique des modifications ?.....135
2. Le concédant n'exécute pas ses obligations de bonne foi.....137
II. Les conséquences de la rupture du contrat de distribution.....144
A. Le devenir de la clientèle suite à la rupture du contrat de distribution.....144
1. Les hésitations jurisprudentielles.....144
2. La pratique illicite des concédants.....146
B. Les conséquences de la rupture du contrat sur les autres contrats.....146
1. L'indépendance contractuelle.....146
2. L'interdépendance contractuelle.....147
a) L'énoncé de la théorie des ensembles contractuels.....148
b) L'application de la théorie des ensembles contractuels.....149

SECTION 2. UNE PROTECTION ASSURÉE PAR LE RÈGLEMENT CONTRACTUEL DES CONFLITS..151
§1. L'identification des modes de règlement contractuel des litiges.....152
§2. L'appréciation du règlement contractuel des litiges.....153

CONCLUSION CHAPITRE 1.....157

CHAPITRE 2. L'ÉQUILIBRE À TRAVERS LA LIBERTÉ DU DISTRIBUTEUR DE CÉDER LE CONTRAT DE DISTRIBUTION 158

SECTION 1. LA TRANSMISSION A UN DISTRIBUTEUR DU RÉSEAU 160
§1. Les conditions de la cession de contrat 160
§2. Quelles limites pour le réseau ? 161

SECTION 2 164
LA TRANSMISSION A UN DISTRIBUTEUR HORS RÉSEAU 164
§1. L'agrément n'est pas donné par le constructeur 164
I. Le constructeur a refusé de donner l'agrément 165
II. L'agrément n'a pas été demandé par le concessionnaire. 166
§2. L'agrément est donné par le constructeur 167
I. L'absence de libération du cédant 168
II. La libération expresse ou par anticipation 170

CONCLUSION CHAPITRE 2 171
CONCLUSION TITRE 2 173
CONCLUSION PREMIÈRE PARTIE 176

PARTIE 2. UN RÉGIME RÉFÉRENTIEL DES BIENS COMPLEXES 178

TITRE 1. UNE COMPLÉMENTARITÉ DU RÉGIME AUTOMOBILE ET DU TRAITEMENT DES PLACES DE MARCHÉ ÉLECTRONIQUES 181

CHAPITRE 1. UN TRAITEMENT DES PLACES DE MARCHÉ ÉLECTRONIQUES GARANT DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES FOURNISSEURS 183

SECTION 1. LES RISQUES CONCURRENTIELS RELATIFS À L'ACCÈS À LA PLACE DE MARCHÉ 186
§1. Un accès libre et non discriminatoire à la place de marché 187
I. Les conditions d'accès à la place de marché 187
A. Les critères de sélection 187
1. Les critères tenant à la capacité de l'entreprise 188
2. Le paiement d'un droit d'entrée 188
B. Le refus de l'accès opposé à un fournisseur 189
II. La suspension ou la limitation de l'accès à la place de marché 191
A. La suspension ou la limitation de l'accès due à des problèmes techniques 192
B. La suspension ou la limitation de l'accès due à la mauvaise utilisation du portail par le fournisseur 192
§2. Un accès exclusif 194
I. Les conditions de licéité de la clause d'exclusivité 194
II. L'appréciation de la licéité de la clause d'exclusivité 195

SECTION 2. LES RISQUES CONCURRENTIELS RELATIFS A L'UTILISATION DU PORTAIL B2B 197
§1. L'obligation de sécurité du portail 198
I. La sécurisation du support informatique 198
A. La sécurisation du support contre les attaques informatiques 198
B. La sécurisation des éléments du portail B2B protégés par 200
les droits de propriété intellectuelle 200
II. La sécurisation des personnes accédant au portail B2B 200
§2. L'obligation de confidentialité 202
I. L'appréciation des échanges d'information sur les places de marché 203
A. La détermination des échanges d'informations confidentielles prohibés 204
B. L'évaluation des échanges d'informations confidentielles 207
II. La gestion des risques liés à la confidentialité des informations 210

CONCLUSION CHAPITRE 1 212

CHAPITRE 2. UN RÉGIME AUTOMOBILE LIBÉRALISANT LE MARCHÉ DES SERVICES LIÉS D'APRÈS-VENTE 213

SECTION 1. LA RÉGLEMENTATION DE LA CONCURRENCE PAR LA NÉGATION DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE 215
§1. La perméabilisation des réseaux de distribution sélective 216
I. L'atténuation de l'interdiction de vendre hors réseau 216
A. La qualification de la prestation d'entretien et de réparation. 218
B. La conséquence de la qualification du contrat d'entreprise 220
II. L'atténuation de l'exclusivité de fourniture du constructeur 221
A. L'obligation de renseigner 222
1. L'information non protégée 222
2. L'information protégée au titre du droit d'auteur 224
B. L'obligation de fourniture des outils spécifiques 225
1. Le principe de la normalisation technique 225
2. L'effet de fusion des normes techniques 230
§ 2. L'affaiblissement des exclusivités d'approvisionnement 231
I. Le système de libéralisation de l'approvisionnement 232
A. Le principe de l'affaiblissement des exclusivités d'approvisionnement 232
1. La mise en œuvre de l'affaiblissement des exclusivités d'approvisionnement ...233
2. La garantie du principe : l'interdiction des exclusivités de fourniture 234
B. L'exception à la libéralisation de l'approvisionnement: la période de garantie 236
1. Les conditions de mise en œuvre de la garantie 237
a) La garantie légale des vices cachés 237
b) La garantie contractuelle 239
2 .Les effets de la mise en œuvre de la garantie 240
a) Le remplacement des pièces défectueuses 240
b) L'indemnisation du préjudice 241
II. La mise en concurrence des produits 242
A. L'identification des pièces de rechange 242
B. La qualification des pièces de rechange 243
1. Une mise en concurrence opérée par la qualification de la pièce de rechange ..244
a) Les critères de qualification des pièces de rechange 245
b) La preuve de la qualification des pièces de rechange 247
2. Un risque de confusion des équipementiers écarté par l'apposition du logo 248

SECTION 2. LA RÉGULATION DE LA CONCURRENCE PAR L'AFFAIBLISSEMENT DES MONOPOLES INTELLECTUELS 252
§ 1. La conciliation par la CJUE du droit de la concurrence et des droits intellectuels 254
I. La jurisprudence antérieure à l'affaire IMS HEALTH 254
A. Les arrêts Volvo et Maxicar 255
B. L'arrêt Magill 257
II. L'affaire IMS 259
A. Les faits juridiques de l'affaire IMS HEALTH 260
B. les apports de l'affaire IMS 263
1. Les apports 263
2. L'affaire MICROSOFT 266
§2. La conciliation par la Commission européenne du droit de la concurrence et des droits intellectuels 268
I. Le régime des droits intellectuels dans l'après-vente automobile 269
A. L'information technique : facilité essentielle ? 270
B. Les licences des droits d'auteur aux éditeurs techniques 272
II. Le régime spécifique des pièces visibles 274
A. L'harmonisation de la protection des pièces détachées par le droitdes Dessins & Modèles 276
1. L' harmonisant les régimes nationaux de protection des pièces de rechange 277
2. La réception par les opérateurs de la directive harmonisant les régimes nationaux de protection des pièces de rechange 278
a) L'accroissement mondial de la concurrence 278
b) La protection de secours par le droit d'auteur 279
B. L'analyse de la clause de réparation au regard de la jurisprudence de la CJUE 280

CONCLUSION CHAPITRE 2 283
CONCLUSION TITRE 1 287

TITRE 2. UNE INSUFFISANCE DU RÉGIME APPLICABLE AUX ACCORDS DE PRODUCTION DES BIENS COMPLEXES 288

CHAPITRE 1. UNE INSUFFISANCE CONSTATÉE DANS LES ACCORDS DE PRODUCTION AUTOMOBILE 291

SECTION 1. LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DANS LES ACCORDS DE SOUS-TRAITANCE DE FABRICATION 295
§1. Les restrictions de concurrence liées au mandat d'achat des outils spécifiques 296
I. L'acquisition du droit d'utiliser les outils spécifiques 296
A. La transmission de l'usage des outils spécifiques 297
B. Les restrictions de concurrence liées à l'utilisation des outils spécifiques 299
II. L'utilisation des résultats relatifs aux outils spécifiques 301
§2. L'utilisation des droits intellectuels 302
I. L'utilisation des droits détenus antérieurement par le donneur d'ordre 303
II. L'utilisation des droits détenus antérieurement par le preneur d'ordre 304

SECTION 2. LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DANS LES ACCORDS DE SOUS-TRAITANCE DE RECHERCHE ET DÉVELOPPEMENT SUIVIS D'UNE PHASE DE FABRICATION 306
§1. L'obligation de recherche & développement.....307
I. L'identification de l'obligation de recherche & développement.....307
A. L'objet de l'obligation de recherche & développement.....307
1. L'identification négative de l'objet de l'obligation de recherche & développement 307
2. L'identification positive de l'objet de l'obligation de recherche & développement 308
a) La conception de composants automobiles.....309
b) L'intégration de technologies 311
B. La validité de l'objet l'obligation de recherche & développement 312
1. L'existence de l'objet.....312
a) L'existence de l'objet au moment de l'exécution de la convention 312
b) La possibilité de l'objet 314
2. La détermination de l'objet 314
3. La licéité de l'objet 315
II. Le détournement de l'obligation de recherche & développement 317
par le recours au mandat 317
§2. L'obligation des équipementiers de coopérer 318
I. L'objet de l'obligation de coopérer.....320
II. La conjugaison des obligations de coopérer 323
A. L'identification du réseau de production automobile.....324
1. La multiplicité des contrats d'entreprise de production automobile 324
2. La similarité des contrats d'entreprise de production automobile.....325
B. La nature du réseau 326
1. Un modèle organisationnel 326
2. Un modèle organisationnel pyramidal 327

CONCLUSION CHAPITRE 1 329

CHAPITRE 2. UNE INSUFFISANCE MANIFESTÉE PAR LE CONTOURNEMENT DU RÉGIME NORMALEMENT APPLICABLE 331

SECTION 1.....333
L'APPLICABILITÉ DU RÉGIME DES ACCORDS 333
DE SOUS-TRAITANCE 333
§1. La qualification négative des accords de sous-traitance.....334
I. Le rapprochement des figures contractuelles concurrentes 335
de la sous-traitance industrielle 335
A. Le contrat de sous-traitance et contrat de vente 336
B. Le contrat de sous-traitance et contrat de travail.....338
II. Le rapprochement avec les figures contractuelles concurrentes 339
de la sous-traitance de marché 339
A. Contrat de sous-traitance et cotraitance.....340
B. Contrat de sous-traitance et substitution de contractant.....341
C. Contrat de sous-traitance et succession de contrats de même nature.....341
D. Contrat de sous-traitance et contrat accessoire.....342

§2. La qualification positive des accords de sous-traitance 342
I. L'applicabilité de la communication de 1978 343
A. Une chaîne de contrat non obligatoire 343
1. La notion de sous-traitance en droit français 344
2. Les effets de la sous-traitance en chaîne 345
B. Un objet large 346
II. L'applicabilité du règlement 772/2004 347
A. Les conditions relatives aux parties à l'accord 350
1. La qualité des parties 351
a) Le nombre de parties 351
b) La concurrence entre les parties 352
2. Accord entre des entreprises disposant de parts de marché limitées 353
B. Les conditions relatives à l'objet de l'accord 354
1. Accord transférant de la technologie 354
a) La nature juridique de la technologie 355
b) L'opération réalisant le transfert 356
2. Accord concernant la fabrication 358

SECTION 2. L'APPLICATION DU RÉGIME DES ACCORDS DE SOUS-TRAITANCE 361
Paragraphe liminaire. La nécessité du transfert de technologie 362
§1. La protection des investissements intellectuels par le régime des accords de sous-traitance avec transfert de technologie 363
I. Quid de la volonté de la Commission européenne 367
II. La clause de confidentialité au regard du régime de la sous-traitance 369
A. La validité de la clause de confidentialité 370
B. Le régime de la clause de confidentialité 372
1. Le régime de l'exécution de l'obligation de confidentialité 373
2. Le régime du manquement à l'obligation de confidentialité 374
§2. L'ouverture du marché par le régime des accords de sous-traitance sans transfert de technologie justifié 376
I. Des accords de sous-traitance sans transfert de technologie justifié soumis au régime général des restrictions verticales 376
II. Des accords de fabrication sous marque de distributeur soumis au régime général des restrictions verticales 377

CONCLUSION CHAPITRE 2 379
CONCLUSION TITRE 2 381
CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE 383
CONCLUSION GÉNÉRALE 384

BIBLIOGRAPHIE 390
INDEX ALPHABÉTIQUE 436

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le .....

Le Président de l'Université Montpellier I

Philippe AUGE

L'objectif poursuivi par la Commission européenne à travers la réglementation de la concurrence consiste en l'intégration des marchés nationaux en un marché communautaire unique. À cet effet, l'exécutif européen a très tôt érigé le secteur automobile en vecteur privilégié de cette unification, établissant un régime concurrentiel des restrictions verticales insérées dans les accords de production et de distribution automobile plus efficient que ne l'est le régime général des restrictions verticales.

Désireuse, dans un premier temps, d'appréhender toujours plus finement les réalités économiques du secteur, la Commission a par la suite pris conscience de l'importance des services après-vente dans le processus concurrentiel. Il y a alors là les deux pans du régime automobile.

D'une part, une appréhension de la conjoncture économique du secteur, d'autre part une prise en compte de la nature complexe du bien automobile. Cette dernière, commune à tous les biens intégrant des droits intellectuels et auxquels sont intrinsèquement liés des services après-vente, justifie donc des règles de concurrence particulières ne bénéficiant pourtant qu'au seul bien automobile.

L'objectif de ce travail de recherche s'est alors axé sur la distinction des deux pans du régime automobile afin d'identifier les dispositions commandées par la nature complexe, pour ensuite proposer leur application à l'ensemble des biens complexes.

THE APPLICATION OF THE COMPETITION LAW IN THE CAR SECTOR

The European Commission's object through the regulations of the competition consists of the integration of the national markets within a unique community market.

For that purpose, the European executive did present as soon as possible the car industry as a privileged vector of this unification, setting up a competitive system of the vertical limitations within the agreements of production and distribution more efficient than is the overall system.

Willing, at first, to arrest always shrewdly the economic realities of the sector, the Commission came around the importance of after-sales services in the competitive process afterward. Here are then both sections of the car industry system.

On one hand, an apprehension of the economic situation of the sector, on the other hand a consideration of the complex nature of the car goods. This last one, as for all the goods including intellectual rights and to whom are intrinsically linked after-sales services, justifies therefore particular rules of competition and yet benefiting the car industry only.

The goal of this research work was then focused on the distinction of both sections of the car industry system, to identify the rules commanded by the complex nature in order to propose their application to the whole of the complex goods thereafter.

Discipline: DROIT PRIVÉ

Mots-clés: secteur automobile – bien complexe - concurrence – propriété industrielle – règlement d'exemption – accord de production et de distribution – après-vente automobile.

Intitulé et adresse de l'UFR ou du laboratoire: Centre du Droit de l'Entreprise (EA 712)
Faculté de droit de Montpellier – Université Montpellier I, 39, Rue de l'Université
34 060 MONTPELLIER Cedex