CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. ANTONIO TIZZANO
présentées le 17 novembre 2005 [1]

1. Par arrêt du 3 décembre 2003, rendu dans l'affaire Volkswagen/Commission (T-208/01, Rec. p. II-5141, ci-après l'«arrêt attaqué»), le Tribunal de première instance des Communautés européennes a annulé la décision 2001/711/CE de la Commission, du 29 juin 2001, dans une procédure prévue par l'article 81 du traité CE [2] (ci-après la «décision attaquée»), qui sanctionnait Volkswagen AG pour avoir conclu avec les concessionnaires appartenant à son réseau de distribution en Allemagne une entente tendant à la fixation du prix de revente des automobiles du modèle Passat. La Commission des Communautés européennes demande à présent à la Cour d'annuler cet arrêt.

I — Faits et procédure

A — *Les faits à l'origine du litige*

2. Dans l'arrêt attaqué, les faits à l'origine du litige sont décrits de la façon suivante:

«1. Volkswagen AG (ci-après 'Volkswagen' ou la 'requérante') est la société holding et la plus grande entreprise du groupe Volkswagen, actif dans le secteur de la construction automobile. Les véhicules automobiles produits par la requérante sont vendus dans la Communauté, dans le cadre d'un système de distribution sélective et exclusive, par des concessionnaires avec lesquels la requérante a conclu un contrat de concession.

2. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, du contrat de concession dans ses versions du mois de septembre 1995 et du mois de janvier 1998, Volkswagen accorde au concessionnaire un territoire contractuel pour le programme de livraison et le service après-vente. En contrepartie, le concessionnaire s'engage à promouvoir la vente et le service après-vente de façon intensive sur le territoire qui lui a été concédé et à exploiter le potentiel du marché de façon optimale. Selon l'article 2, paragraphe 6 (version du mois de janvier 1989) ou 1 (versions du mois de septembre 1995 et du mois de janvier 1998), du contrat de concession, le concessionnaire s'engage 'à défendre les intérêts de [Volkswagen], de l'organisation de distribution Volkswagen et

1 — Langue originale: l'italien.

2 — Affaire COMP/F-2/36.693 — Volkswagen (JO L 262, p. 14).

de la marque Volkswagen et d'en assurer la promotion par tous les moyens'. Il est également stipulé que 'le concessionnaire respectera, à cette fin, toutes les exigences propres à l'exécution du contrat en ce qui concerne la distribution d'automobiles Volkswagen neuves, l'approvisionnement en pièces détachées, le service après-vente, la promotion des ventes, la publicité et la formation, ainsi que la garantie du niveau technique des divers domaines des opérations de Volkswagen'. Enfin, selon l'article 8, paragraphe 1, du contrat de concession, '[Volkswagen] fait des recommandations de prix non contraignantes pour le prix final et les remises'».

B — *La décision attaquée*

3. À la suite d'une plainte d'un acquéreur d'automobiles, la Commission a diligenté une enquête administrative tendant à constater d'éventuelles violations de l'article 81, paragraphe 1, CE en relation avec la fixation du prix de revente du modèle Volkswagen Passat en Allemagne. À l'issue de l'enquête, la Commission a adopté la décision attaquée, dans laquelle elle a:

— constaté que Volkswagen avait violé l'article 81, paragraphe 1, CE, pour avoir «fixé les prix de vente du modèle Volkswagen Passat en exigeant de ses concessionnaires contractuels allemands de ne pas consentir de remises aux clients ou de ne leur consentir que des remises restreintes lors de la vente de ce modèle» (article 1er);

— infligé à Volkswagen une amende de 30,96 millions d'euros (article 2).

4. Dans la motivation de la décision, la Commission s'est attachée à démontrer: i) que Volkswagen avait conclu avec les concessionnaires allemands un accord sur le prix de revente des modèles Passat (points 56 à 69); ii) que ledit accord avait pour objet la restriction de la concurrence (points 70 à 74); iii) qu'il portait un préjudicie sensible au commerce entre États membres (points 81 à 91) et iv) que l'accord contesté ne pouvait pas bénéficier d'une exemption individuelle ou par catégorie au sens de l'article 81, paragraphe 3, CE (points 93 à 96).

5. S'agissant plus particulièrement du premier aspect, objet du présent pourvoi, la Commission a déduit l'existence d'une discipline tarifaire concordée de l'envoi, par Volkswagen, de trois circulaires à tous les concessionnaires et de cinq lettres à certains parmi eux (ci-après les «invitations contestées»), dans lesquelles le constructeur d'automobiles intimait à ses revendeurs de ne pas consentir de remises (ou de n'en consentir

que de façon très limitée) sur les ventes de Passat, en les menaçant de conséquences juridiques en cas de non-respect de ces instructions (points 29 à 55).

6. Selon la Commission, ces instructions ne constituaient pas un simple comportement unilatéral de Volkswagen, mais un accord au sens de l'article 81 CE, dans la mesure où elles s'inséraient dans le cadre de relations commerciales continues entre le constructeur et ses concessionnaires, sur la base des contrats de concession respectifs (points 57 à 59). Il ressortirait, en effet, de la «jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes [que] l'agrément au sein du réseau de concessionnaires se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique de distribution poursuivie par le constructeur. C'est pour cette raison que les circulaires constitu[aient] un élément des accords de Volkswagen AG avec ses concessionnaires contractuels, car elles [devaient] être considérées comme participant de relations d'affaires suivies, sur la base d'un accord général existant (le contrat de concession)» (point 57).

7. En particulier, le juge communautaire aurait précisé que «des invitations adressées par un constructeur automobile à ses concessionnaires sous contrat constituent un accord lorsqu'elles '(visent) [...] à influencer les concessionnaires [...] dans l'exécution de leur contrat avec (le constructeur ou l'importateur)'». Selon la Commission, cette condition était clairement remplie en l'espèce (point 62).

8. Par conséquent, la Commission a estimé que «la question de savoir si et dans quelle mesure les concessionnaires Volkswagen allemands [avaient] effectivement modifié la formation de leurs prix en fonction des circulaires et des mises en demeure [pouvait] être laissée en suspens» (point 68).

9. Enfin, la Commission a rejeté l'argument de Volkswagen selon lequel les concessionnaires n'auraient pas pu accepter la politique des prix en cause, même tacitement, puisque non seulement elle n'était pas prévue dans le contrat de concession, mais elle était même contraire à l'article 8, paragraphe 1, de ce contrat.

10. Au contraire, selon la Commission, les invitations litigieuses se seraient fondées sur une clause dudit contrat: l'article 2, paragraphe 6 (point 64). En outre, «on ne pourrait par conséquent admettre l'existence d'une quelconque contradiction entre les invitations en question et l'article 8, paragraphe 1, des contrats de concession. Aux termes de cette disposition, '[Volkswagen] fait des recommandations de prix non contraignantes pour le prix final et les remises'. Selon les paragraphes suivants de cette disposition, ces recommandations doivent être intégrées dans le calcul des prix et des indemnités de clientèle applicables entre le concessionnaire et le constructeur. Le fait que ce mécanisme comporte le droit pour le constructeur de formuler des recommanda-

tions de prix non contraignantes n'offre pas la garantie aux concessionnaires que le constructeur s'abstiendra à tout jamais d'instructions contraignantes en matière de prix, par exemple dans le cadre de l'article 2, paragraphe 1, du contrat de concession» (point 65).

C — La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

11. Par requête déposée le 10 septembre 2001, Volkswagen a demandé au Tribunal, à titre principal, l'annulation de la décision litigieuse et, à titre subsidiaire, la réduction du montant de l'amende infligée par ladite décision.

12. Par arrêt du 3 décembre 2003, le Tribunal a fait droit au moyen principal du recours de Volkswagen, relatif à l'applicabilité en l'espèce de l'article 81, paragraphe 1, CE, et a annulé la décision attaquée au motif que, selon lui, «la Commission n'[avait] pas rapporté [...] la preuve d'un concours de volontés entre la requérante et ses concessionnaires, relativement aux invitations litigieuses» [3].

3 — Point 68 de l'arrêt attaqué.

13. En appréciant le grief invoqué par la requérante, le Tribunal a tout d'abord rappelé, en renvoyant en particulier à l'arrêt Bayer/Commission [4], que «la notion d'accord, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, [...] est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci» [5] et que, partant, «une décision du fabricant [qui] constitue un comportement unilatéral de l'entreprise» [6] ne rentre pas dans le champ d'application de ladite disposition.

14. Aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, poursuit le Tribunal, il conviendrait donc «de distinguer les hypothèses où une entreprise a adopté une mesure véritablement unilatérale, et donc sans la participation expresse ou tacite d'une autre entreprise, de celles où le caractère unilatéral est uniquement apparent. Si les premières ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1, CE, les secondes doivent être considérées comme révélant un accord entre entreprises et peuvent rentrer, dès lors, dans le champ d'application de cet article. Tel est le cas, notamment, des pratiques et mesures restrictives de la concurrence qui, adoptées apparemment de façon unilatérale par le fabricant dans le cadre de ses relations contractuelles avec ses revendeurs, reçoivent toutefois l'acquiescement, au moins tacite, de ces derniers» [7].

4 — Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000 (T-41/96, Rec. p. II-3383).

5 — Point 32 de l'arrêt attaqué.

6 — Point 33 de l'arrêt attaqué.

7 — Point 35 de l'arrêt attaqué.

15. À cet égard, le juge de première instance a néanmoins précisé «qu'il résulte [...] de [la jurisprudence communautaire constante [8]] que la Commission ne peut estimer qu'un comportement apparemment unilatéral de la part d'un fabricant, adopté dans le cadre des relations contractuelles qu'il entretient avec ses revendeurs, est en réalité à l'origine d'un accord entre entreprises, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, si elle n'établit pas l'existence d'un acquiescement, exprès ou tacite, de la part des autres partenaires, à l'attitude adoptée par le fabricant» [9].

16. Cela étant précisé, le Tribunal s'est ensuite attaché à apprécier l'applicabilité de l'article 81, paragraphe 1, CE à l'espèce qui lui était soumise et a constaté que la Commission avait admis ne pas avoir «établi que les invitations litigieuses [avaient] été mises en œuvre sur le terrain». La raison en était qu'elle ne jugeait pas cette vérification nécessaire, puisque, toujours selon elle, la politique de distribution en cause avait été tacitement et préalablement acceptée par les concessionnaires au moment de la conclusion du contrat de concession [10].

17. Le Tribunal a cependant rejeté cette thèse. Selon lui, il est certes possible de considérer comme ayant été préalablement acceptée, moyennant la conclusion d'un contrat de concession licite, «une évolution contractuelle légale qui soit est envisagée par le contrat, soit est une évolution que le concessionnaire ne saurait, eu égard aux usages commerciaux ou à la réglementation, refuser» [11]. En revanche, il ne saurait être présumé qu'une «évolution contractuelle illégale» ait été acceptée d'avance par les concessionnaires [12]. Dans ce cas, «l'acquiescement à l'évolution contractuelle illégale ne peut intervenir qu'après que le concessionnaire a connaissance de l'évolution voulue par le concédant» [13].

18. La jurisprudence invoquée — mais interprétée de façon erronée — par la Commission confirmerait, de l'avis du Tribunal:

— «la nécessité, pour pouvoir constater l'existence d'un accord, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, de rapporter la preuve d'un concours de volontés»; et que

— «un tel concours de volontés doit porter sur un comportement déterminé, lequel doit, dès lors, être connu des parties lorsqu'elles l'acceptent» [14].

8 — Le Tribunal a notamment renvoyé aux arrêts du 12 juillet 1979, BMW Belgium e.a./Commission (32/78, 36/78 à 82/78, Rec. p. 2435); du 25 octobre 1983, AEG/Commission (107/82, Rec. p. 3151); du 17 septembre 1985, Ford/Commission (25/84 et 26/84, Rec. p. 2725); du 11 janvier 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Commission (C-277/87, Rec. p. I-45), et Bayer/Commission, précité.

9 — Point 36 de l'arrêt attaqué.

10 — Points 38 à 40 de l'arrêt attaqué.

11 — Point 45 de l'arrêt attaqué.

12 — Idem.

13 — Idem.

14 — Point 56 de l'arrêt attaqué.

19. En revanche, «contrairement à ce que prétend[ait] la Commission, il ne résult[erait] pas de la jurisprudence que l'élément déterminant de l'insertion d'une invitation dans un contrat est que cette invitation vise à influencer le concessionnaire dans l'exécution dudit contrat. Si tel était le cas, la transmission par le concédant d'une invitation à ses concessionnaires aboutirait, systématiquement, à la constatation d'un accord, dès lors que, par définition, une telle invitation vise à influencer ces concessionnaires dans l'exécution de leur contrat» [15].

20. Sur la base de ces considérations, le Tribunal a conclu que l'affirmation de la Commission selon laquelle «la signature du contrat [...] impliquait une acceptation tacite donnée d'avance [aux] invitations [litigieuses]» — et que donc il n'était pas nécessaire «de rapporter la preuve d'un acquiescement effectif des concessionnaires à ces invitations» — était infondée [16].

21. Enfin, le juge de première instance a rejeté le grief soulevé à titre subsidiaire par la Commission, selon lequel l'acceptation par les concessionnaires des mesures en question pourrait se déduire, en tout état de cause, des dispositions combinées des articles 2 et 8 du contrat de concession.

22. D'un côté, le Tribunal a en effet estimé que «l'article 2, paragraphe 1 ou 6, du contrat de concession, selon lequel le concessionnaire s'engage à 'défendre les intérêts de [Volkswagen], de l'organisation de distribution Volkswagen et de la marque Volkswagen et d'en assurer la promotion par tous les moyens', [...] peut s'interpréter [...] comme visant seulement les moyens conformes à la loi. Soutenir le contraire reviendrait, en effet, à déduire d'une telle clause contractuelle, rédigée en termes neutres, que les concessionnaires se seraient liés par un pacte illégal» [17].

23. La conclusion à laquelle on parvient n'est pas différente, poursuit le Tribunal, lorsqu'on considère «que Volkswagen [s'est prévalue] de l'article 2 du contrat de concession dans les invitations litigieuses [...]. En effet, l'existence d'un éventuel lien organique entre l'article 2 du contrat de concession et les invitations litigieuses ne peut être établie qu'objectivement, à l'analyse des dispositions concernées et indépendamment de ce qu'en dit ultérieurement un des contractants. Or, comme cela est énoncé plus haut, il ressort des termes mêmes dudit article 2 que cette disposition n'envisageait nullement une évolution anticoncurrentielle du contrat» [18].

24. D'un autre côté, le juge de première instance a souligné que l'article 8, para-

15 — Point 57 de l'arrêt attaqué.
16 — Point 59 de l'arrêt attaqué.
17 — Point 63 de l'arrêt attaqué.
18 — Point 66 de l'arrêt attaqué.

graphe 1, du contrat était «également rédigé en termes neutres, voire plutôt prohibitifs de la possibilité pour Volkswagen d'émettre des recommandations de prix contraignantes» [19].

25. À la lumière de l'ensemble des considérations développées ci-dessus, le Tribunal a conclu que la Commission n'avait pas démontré que les concessionnaires allemands avaient donné leur consentement à la politique des prix de Volkswagen et que, partant, la décision attaquée avait été adoptée en violation de l'article 81, paragraphe 1, CE [20].

D — *La procédure devant la Cour*

26. Par pourvoi déposé le 16 février 2004, la Commission a demandé à la Cour de justice i) d'annuler l'arrêt attaqué; ii) de renvoyer l'affaire devant le Tribunal et iii) de condamner Volkswagen aux dépens.

27. La défenderesse s'est bien entendu opposée à ces conclusions et a demandé à la Cour de rejeter le pourvoi et de condamner la requérante aux dépens.

28. Après la clôture de la procédure écrite, durant laquelle il a été procédé à un second échange de mémoires, les parties ont été entendues à l'audience du 29 septembre 2005.

II — Analyse juridique

29. Par son unique moyen de pourvoi, la Commission conteste l'appréciation du Tribunal selon laquelle les invitations de Volkswagen exhortant ses concessionnaires à ne pas consentir de remises sur les ventes de modèles Passat ne constituaient pas des accords au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE. Selon la Commission, le juge de première instance aurait accueilli une interprétation excessivement restrictive de la notion d'«accord» et aurait partant violé cette disposition.

Arguments des parties

30. La requérante estime principalement que l'interprétation à laquelle s'est rangé le juge de première instance serait contraire à la jurisprudence constante [21], selon laquelle

19 — Point 64 de l'arrêt attaqué.

20 — Point 68 de l'arrêt attaqué.

21 — La Commission renvoie notamment aux arrêts AEG/Commission, précité, Ford/Commission, précité, et du 6 janvier 2004, BAI et Commission/Bayer (C-2/01 P et C-3/01 P, Rec. p. I-23).

on serait en présence d'un «accord» au sens de l'article 81 CE, du simple fait que des invitations du type de celles qui nous occupent soient adressées par un producteur dans le cadre de relations commerciales continues avec ses distributeurs régies par un accord général préexistant. De la même manière, selon cette même orientation jurisprudentielle, l'admission d'un revendeur dans un système de distribution sélective impliquerait toujours son acceptation expresse ou tacite de la politique de distribution du constructeur [22].

31. Dans ces cas, contrairement à ce qu'aurait affirmé le Tribunal, il ne serait donc pas nécessaire de prouver, afin de constater l'existence d'un accord, que les distributeurs ont expressément consenti à la mesure en cause. De même, on ne saurait considérer que, par la souscription d'un accord de concession, le concessionnaire accepte la politique de distribution seulement dans la limite de ses développements licites ou, en tout état de cause, des mesures dont il a connaissance.

32. En s'écartant de la jurisprudence antérieure, l'arrêt attaqué aurait donc, selon la requérante, imposé des conditions trop sévères pour prouver l'existence d'accords relatifs à des restrictions verticales de la concurrence.

33. Mais là ne s'arrête pas la critique de la Commission, car, en plus d'être contraire à une jurisprudence constante, poursuit-elle, l'interprétation de la notion d'accord donnée dans l'arrêt attaqué ignorerait la nature et les caractéristiques des contrats de distribution sélective. Ces contrats constituent en effet un cadre général destiné à s'appliquer durant un certain nombre d'années, puis à être progressivement complété et concrétisé en fonction des exigences des parties, des conditions du marché, du développement technique, etc.. Du moment que ces évolutions ne peuvent pas toutes être prévues au moment de la conclusion du contrat de concession, ces accords renvoient nécessairement certains aspects, comme l'aurait reconnu la Cour dans l'arrêt Ford/Commission, à des décisions ultérieures du producteur. La souscription de l'accord de distribution impliquerait alors pour le distributeur l'acceptation a priori de ces mesures.

34. La Commission conteste enfin la distinction opérée par le juge de première instance entre évolutions «légales» et évolutions «illégales» du contrat (voir supra, point 17), distinction dont il aurait en outre déduit — à tort selon la requérante — que: i) au moment de la souscription d'un contrat de distribution légal, le distributeur accepte seulement les évolutions contractuelles légales et que ii) une clause rédigée en termes neutres ne peut viser que des mesures «conformes à la loi».

35. Or, selon la Commission, cette distinction ne serait pas pertinente s'agissant de

22 — La Commission renvoie, en particulier, aux arrêts du 24 octobre 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Rec. p. I-3439), et du 18 septembre 2003, Volkswagen/Commission (C-338/00 P, Rec. p. I-9189).

prouver l'acceptation par un distributeur d'une mesure imposée par un producteur. En effet — comme le confirmeraient, du reste, les faits à l'origine des arrêts de la Cour en matière de contrats de distribution — il peut être adopté des mesures illicites sur la base de clauses contractuelles parfaitement licites ou tout à fait neutres.

36. La Commission ajoute qu'il s'agirait d'un critère difficile à appliquer en pratique, car il ne serait pas toujours facile pour les distributeurs de distinguer les mesures légales des mesures illégales, notamment lorsque cette appréciation requiert une interprétation des règlements d'exemption applicables en la matière.

37. Volkswagen, pour sa part, estime au contraire que le Tribunal a correctement appliqué l'article 81, paragraphe 1, CE au cas d'espèce, et notamment que l'interprétation de la notion d'«accord» accueillie dans l'arrêt attaqué n'est pas contraire à la jurisprudence communautaire constante.

Appréciation

38. Le présent pourvoi soulève encore une fois la question délicate de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, et, plus particulièrement, de la notion d'«accord» utilisée dans cette disposition, à des comportements apparemment unilatéraux adoptés par des producteurs dans le cadre de relations commerciales avec leurs distributeurs [23].

39. Plus précisément, il s'agit d'établir si, comme le prétend la Commission et contrairement à ce qu'affirme le Tribunal, il peut être présumé qu'en souscrivant un accord de distribution le revendeur donne son consentement a priori à toutes les mesures adoptées par le producteur dans le cadre du rapport ainsi créé, y compris les comportements anticoncurrentiels tels ceux qui nous occupent.

40. Du moment que, même si elles sont parvenues à des conclusions opposées, tant la Commission que Volkswagen ont répondu à cette question en se référant aux nombreuses décisions de la Cour en matière d'accords de distribution, il nous semble opportun de s'attacher avant toute chose à clarifier la signification et la portée de ladite jurisprudence.

23 — Dans nos conclusions relatives à l'affaire BAI et Commission/Bayer, précitée, nous avons eu affaire à des questions similaires relatives à l'interprétation de l'article 81 CE, même si le contexte factuel était différent. Dans ladite affaire, contrairement à la présente espèce, le producteur et les revendeurs n'avaient en effet conclu aucun contrat de distribution et le producteur n'avait adressé à ses grossistes aucune sorte d'instructions ou de demandes, s'étant «borné» au contraire à mettre en place un système de contingentement des ventes afin d'empêcher ou de limiter les importations parallèles. Ces conclusions contiennent cependant une analyse de la jurisprudence communautaire en matière de restrictions verticales sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir et qui, en partie du moins, peut s'avérer utile également aux fins de la présente affaire (voir, notamment, points 49 à 78).

41. À cet égard, pour ce qui nous intéresse ici, il nous semble que la Cour ait considéré comme étant seulement apparemment unilatérales, et donc en réalité comme étant de véritables accords, deux types de mesures adoptées dans le cadre des rapports entre producteurs et revendeurs.

42. Le premier concerne ces mesures qui sont prévues dans l'accord de distribution lui-même. À cet égard, le juge communautaire a considéré que, en souscrivant à un accord qui prévoit ou qui du moins permet l'adoption, par le producteur, de mesures ultérieures, le distributeur accepte a priori de se soumettre auxdites mesures. En d'autres termes, ces dernières sont considérées comme rentrant dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, dans la mesure où elles sont couvertes par l'acceptation du contrat de distribution, dont il faudrait, en substance, les considérer comme «indissociables».

43. C'est cette logique qui nous semble être à la base des arrêts précités Ford/Commission, AEG/Commission et Bayerische Motorenwerke, invoqués par la Commission à l'appui de sa thèse [24]. Dans l'arrêt Ford/Commission, la Cour a en effet rejeté l'argument des sociétés requérantes tiré de la nature prétendument unilatérale de certaines mesures de restriction des fournitures, en relevant que le contrat de concession de Ford «laiss[ait] certains aspects à des décisions ultérieures du fabricant», parmi lesquelles se trouvaient précisément, comme le prévoyait expressément l'annexe I dudit contrat, les décisions en matière de livraison des modèles de voitures [25]. De la même manière, même si cela ne ressort peut-être pas aussi clairement de la motivation des arrêts correspondants, dans les affaires AEG/Commission et Bayerische Motorenwerke les mesures restrictives en cause ont été considérées comme découlant des contrats de distribution respectifs [26], de sorte que la Cour a pu conclure que le comportement ou la décision du producteur ne constituait pas un acte unilatéral, puisqu'il s'insérait «dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec ses revendeurs» [27].

44. Dans la même optique, il faut également mentionner l'arrêt Volkswagen/Commission plus récent, dans lequel la Cour a jugé l'article 81 CE applicable à des mesures de limitation des livraisons décidées par ledit constructeur d'automobiles à l'égard de ses concessionnaires italiens, en s'appuyant en particulier sur le fait que le «contrat de concession *prévoyait* la possibilité de limiter les livraisons» [28]. Par conséquent, «en accep-

24 — Dans ces affaires, il s'agissait, en substance, d'établir si des mesures adoptées par des producteurs étaient autonomes et distinctes par rapport à des accords de distribution, ou bien si elles étaient couvertes, d'une manière ou d'une autre, par ces accords et devaient, de ce fait, être prises en considération pour apprécier la compatibilité de ces derniers avec les règles de la concurrence. Pour une analyse plus détaillée de ces arrêts, voir nos conclusions dans l'affaire Bayer/Commission, précitée (en particulier points 68 à 74).

25 — Arrêt précité, point 20.

26 — Voir arrêts précités AEG/Commission, points 38 et 39, et Bayerische Motorenwerke, point 17.

27 — Arrêts précités Ford/Commission, point 21, et AEG/Commission, point 38. Voir, également, arrêt Bayerische Motorenwerke, précité, point 17.

28 — Arrêt précité, point 64. C'est nous qui soulignons.

tant [ledit] contrat [de concession], les concessionnaires italiens [avaient] consenti à une mesure qui [avait] été utilisée par la suite pour entraver des réexportations à partir de l'Italie» [29].

45. L'autre hypothèse de mesures seulement apparemment unilatérales considérée par la jurisprudence communautaire se présente quant à elle en cas d'absence de dispositions contractuelles pertinentes, voire de tout contrat, et suppose que l'acquiescement aux demandes du producteur peut être donné non seulement de manière expresse, mais également de manière tacite. Dans ces cas, donc, l'acceptation desdites demandes se déduit du comportement des personnes auxquelles elles s'adressent, avec la conséquence que l'accord est considéré comme conclu également lorsque, en réponse à ces demandes, les revendeurs manifestent leur approbation par des comportements concrets [30].

46. C'est précisément dans cette perspective que, dans l'arrêt Sandoz prodotti farmaceutici/Commission, le juge communautaire, se rangeant à une interprétation particulièrement large de la notion d'accord, a estimé que «[l]es commandes répétées de produits et les acquittements successifs sans protestation par le client des prix indiqués sur les factures, comportant la mention 'exportation interdite', constituaient de la part de celui-ci un acquiescement tacite [à cette clause]» [31]. En d'autres termes, *sans même vérifier si les produits en question avaient ensuite été concrètement exportés ou non*, la Cour a reconnu une forme d'«acceptation tacite» — et a donc considéré qu'il avait été conclu un «accord» — du simple fait que, à la suite de l'insertion de la mention en cause dans les factures, les grossistes n'avaient pas contesté ladite mention et avaient continué à se fournir régulièrement auprès de l'entreprise pharmaceutique en question.

47. Contrairement à ce que prétend la Commission, il ne ressort donc pas des arrêts que nous venons d'examiner qu'il est suffisant, afin d'établir l'existence d'un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, de constater simplement qu'une mesure a été adoptée par un producteur dans le cadre de relations commerciales continues entretenues avec ses revendeurs et/ou que ces derniers font partie d'un système de distribution déterminé [32]. Ce qui importe, en revanche, c'est que les distributeurs aient donné leur acquiescement à la mesure spécifique en question, que ce soit *en amont*, dans des clauses contractuelles (première hypothèse), ou *en aval*, par des formes

29 — Ibidem, point 65.

30 — Voir, notamment, arrêt BMW Belgium e.a./Commission, précité, points 28, 29 et 37.

31 — Arrêt précité, point 11. Voir également, plus récemment, arrêt BAI et Commission/Bayer, précité, point 142.

32 — Voir, notamment, à cet égard arrêt BAI et Commission/Bayer, précité, dans lequel la Cour a observé que «[l]e seul fait qu'il existe concomitamment un accord, neutre en soi, et une mesure restrictive de la concurrence imposée de manière unilatérale n'équivaut pas à un accord interdit par ladite disposition. Partant, le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un tel accord» (point 141).

d'acquiescement plus ou moins explicites (seconde hypothèse).

48. En d'autres termes, l'application de l'article 81 CE ne saurait se passer de la vérification de l'existence d'une volonté commune des opérateurs économiques intéressés d'adopter un comportement ou une mesure donnés. Cette rencontre des volontés des parties, en effet, ne marque pas seulement la frontière entre les champs d'application des articles 81 CE et 82 CE, c'est-à-dire entre le régime applicable en matière d'ententes et celui relatif à des mesures unilatérales, mais caractérise la notion même d'accord.

49. Pour revenir à l'affaire qui nous occupe et en tirant les conclusions de l'analyse menée jusqu'ici, nous pensons tout d'abord qu'il ne saurait être reproché au Tribunal, comme le fait pourtant la Commission, d'avoir appliqué de manière erronée l'article 81, paragraphe 1, CE, pour avoir exigé la preuve de la volonté des concessionnaires allemands d'accéder aux demandes spécifiques de Volkswagen en matière de prix, même si ces dernières s'inséraient dans le cadre de relations commerciales continues régies par un accord de distribution préexistant et si les concessionnaires étaient membres d'un système de distribution sélective. En exigeant la «preuve d'un acquiescement effectif des concessionnaires [aux] invitations [litigieuses]» [33], le juge de première instance n'a en réalité rien fait d'autre qu'appliquer les principes découlant, comme nous l'avons vu, de la jurisprudence communautaire en la matière.

50. Or, pour apporter ladite preuve, la Commission pouvait se fonder sur deux approches différentes, conformément aux solutions jurisprudentielles évoquées plus haut.

51. La première, que nous pourrions qualifier de plus formaliste, exigeait de la requérante qu'elle démontre que les dispositions du contrat de concession permettaient à Volkswagen d'adopter des mesures du type de celles en cause.

52. La seconde, que nous pourrions considérer comme plus sensible au poids réel de chacune des parties au rapport, déplaçait l'analyse sur un terrain différent: celui du comportement concret adopté par les concessionnaires allemands à la suite de l'envoi des instructions en matière de remises. La Commission aurait ainsi pu s'attacher à démontrer que, en exécutant ou, en tout cas, en adhérant d'une manière ou d'une autre aux instructions de Volkswagen, les revendeurs avaient implicitement manifesté leur acquiescement à la nouvelle politique du producteur.

33 — Point 59 de l'arrêt attaqué.

53. Nous ajouterons que le choix de cette dernière approche aurait pu comporter un problème délicat d'interprétation de la signification et de la portée de la jurisprudence Sandoz prodotti farmaceutici/Commission, mentionnée plus haut. En effet, il aurait alors fallu vérifier si la Commission aurait pu déduire le consentement des concessionnaires de la seule absence (éventuelle) de contestation des invitations litigieuses de la part de ces derniers, ou bien si elle aurait dû apprécier, en outre, s'il existait des éléments permettant de penser qu'une telle déduction automatique, et, en réalité, un peu simpliste, n'était pas justifiée en l'espèce.

54. Mais nous précisions d'emblée que, dans le cadre de l'appréciation du présent pourvoi, la Cour n'aura pas à aborder ce type de problématique, car la Commission ne s'est pas placée dans cette optique pour prouver l'assentiment des concessionnaires. En effet, en fondant son analyse exclusivement sur l'existence d'un contrat de distribution sélective dont la souscription aurait impliqué l'acceptation *a priori* des mesures contestées [34], la requérante a fini par estimer que «la question de savoir si et dans quelle mesure les concessionnaires Volkswagen allemands [avaient] effectivement modifié la formation de leurs prix en fonction des circulaires et des mises en demeure [pouvait] être laissée en suspens» (point 68 de la décision attaquée), au même titre que la question de savoir s'ils avaient omis de contester les invitations litigieuses [35].

55. Il reste donc à vérifier la possibilité de l'autre hypothèse considérée plus haut, à savoir si la Commission pouvait effectivement se fonder sur le contrat de concession en cause pour constater la conclusion, entre Volkswagen et les revendeurs allemands, d'un accord en matière de prix.

56. À cet égard, cependant, le Tribunal a déjà constaté pour sa part que l'interdiction de concéder des remises, imposée par le constructeur à ses concessionnaires, ne pouvait être tirée d'aucune disposition du contrat de concession [36]. Or, une telle constatation constitue une appréciation sur la valeur probante qu'il convient d'attribuer

34 — Approche d'ailleurs expressément confirmée par la Commission lors de l'audience.

35 — Arrêt attaqué, points 38 et 39. D'ailleurs, dans la décision attaquée, la Commission fait référence au comportement des parties (par exemple, les menaces de conséquences juridiques en cas de non-respect des invitations litigieuses, adressées par Volkswagen à ses concessionnaires) uniquement à l'appui de sa thèse selon laquelle les invitations contestées seraient «couvertes par le contrat de concession» et auraient donc été acceptées a priori par les distributeurs (voir décision attaquée, points 66, et arrêt attaqué, point 60). En outre, les seuls comportements adoptés par un nombre représentatif de concessionnaires auxquels la Commission fait référence ne sauraient être invoqués pour démontrer une quelconque forme d'acquiescement à la mesure *spécifique* en cause. En effet, comme cela ressort de la décision elle-même, les critiques formulées par la «commission des concessionnaires» concernant les remises importantes consenties par certains d'entre eux visaient «un autre nouveau modèle» de voiture, la Golf A4, et non le modèle Passat objet des invitations litigieuses (voir décision attaquée, points 43 et 67). D'une manière analogue, la Commission fait état de discussions en matière de discipline tarifaire entre la direction de Volkswagen et l'association des concessionnaires Volkswagen et Audi, sans cependant fournir de précisions quant à leur issue, et, en particulier, sans clarifier si la question des invitations litigieuses a été ou non abordée dans le cadre desdites discussions (voir décision attaquée, points 36 à 41).

36 — Voir arrêt attaqué, points 62 à 67.

aux éléments soumis au Tribunal (et, notamment, de certaines clauses contractuelles invoquées par la Commission). Il s'agit donc d'une vérification «de fait» et, partant, d'un type d'appréciation qui, de jurisprudence constante, ne peut être soumis au contrôle de la Cour, sauf en cas de dénaturation des éléments de preuve [37]. Or, la Commission n'a pas invoqué une telle dénaturation dans le cadre de la présente procédure.

57. Cela mis à part, cependant, force est de constater que cette conclusion à laquelle est parvenu le Tribunal nous semble difficilement contestable sur le fond. Nous observons en effet que, en plus d'être rédigé en termes neutres, l'article 2 du contrat de concession (voir supra, point 2) — dont découleraient, selon la Commission, les invitations litigieuses — ne mentionnait nullement la politique des prix, alors qu'il prévoyait spécifiquement que, pour toute une série d'aspects de la politique de distribution (par exemple l'approvisionnement en pièces détachées, le service après-vente, la publicité, la formation, etc.), les concessionnaires devaient «respect[er] [...] toutes les exigences» posées par le constructeur d'automobiles.

58. Qui plus est, la mesure en cause était également expressément exclue par une des dispositions du contrat pertinentes en l'espèce, à savoir l'article 8, en vertu duquel Volkswagen ne pouvait donner que «des recommandations de prix *non* contraignantes pour le prix final et les remises».

59. C'est donc, à notre avis, précisément le fait que les invitations litigieuses n'étaient aucunement prévues ou admises par le contrat de concession qui distingue nettement la présente affaire des précédents jurisprudentiels précités, dans lesquels la Cour a estimé qu'une mesure adoptée par un producteur était couverte par la souscription de l'accord de distribution (voir supra, points 42 à 44).

60. Il découle de tout cela, selon nous, que le Tribunal a jugé à juste titre que «la Commission n'a pas rapporté, dans la décision attaquée, la preuve d'un concours de volontés entre [Volkswagen] et ses concessionnaires, relativement aux invitations litigieuses» [38], et que ladite décision a donc été adoptée en violation de l'article 81, paragraphe 1, CE.

61. Nous proposons partant à la Cour de rejeter le présent pourvoi.

37 — Arrêt du 28 mai 1998, Deere/Commission (C-7/95 P, Rec. p. I-3111, points 21 et 22). Dans le même sens, voir, parmi d'autres, arrêts du 21 juin 2001, Moccia Irme e.a./Commission (C-280/99 P à C-282/99 P, Rec. p. I-4717, point 78); du 8 mai 2003, T. Port/Commission (C-122/01 P, Rec. p. I-4261, point 27); du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, points 47 et 49), et ordonnance du 9 juillet 2004, Fichtner/Commission (C-116/03 P, non publiée au Recueil, point 33).

38 — Point 68 de l'arrêt attaqué.

III — Sur les dépens

62. À la lumière de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, et eu égard aux conclusions auxquelles nous sommes parvenu quant au rejet du pourvoi, nous estimons qu'il y a lieu de condamner la Commission aux dépens.

IV — Conclusions

63. À la lumière de ce qui précède, nous proposons à la Cour de déclarer que:

«— Le pourvoi est rejeté.

— La Commission des Communautés européennes est condamnée aux dépens.»