CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 27 octobre 1993 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Dans la présente affaire, la Cour est appelée à statuer sur deux questions, l'une et l'autre concernant l'application de l'article 85, paragraphe 1, aux systèmes de distribution sélective:

— un système de distribution sélective est-il incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, du fait que le producteur ne réussit pas à en assurer l'« étanchéité », en entendant par manque d'étanchéité le fait que le producteur ne parvient pas à empêcher que les produits contractuels soient vendus, sur un même marché, non seulement par les concessionnaires autorisés, mais également par des distributeurs ne faisant pas partie du réseau de distribution officiel?

— dans le cadre d'un système de distribution sélective, un fabricant a-t-il le droit de limiter sa garantie aux seuls produits vendus par l'intermédiaire du réseau officiel, à l'exclusion par conséquent des produits commercialisés, de manière pourtant légale, par des opérateurs étrangers au réseau?

2. Nous précisons *in limine* que les deux questions concernent le système de distribution sélective de produits de luxe, les montres Cartier. Toutefois, il se peut que les critères définis par la Cour revêtent — surtout en ce qui concerne la portée de l'engagement de garantie du producteur — une portée de caractère général, en s'appliquant également à d'autres catégories importantes de produits, souvent commercialisés par l'intermédiaire de réseaux de distribution sélective.

Les faits

3. Les deux questions susmentionnées se situent dans le cadre d'un litige qui oppose une société du groupe Metro — groupe qui exerce, dans différents Etats européens, une activité de commerce de gros en libre service organisée selon le principe « cash and carry » — à l'entreprise Cartier, leader mondial pour certaines catégories de produits de luxe.

Les faits qui sont à l'origine du litige sont assez simples. Cartier commercialise ses produits, dans le monde entier selon ses dires, par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective. Ce système se fonde sur un contrat-type de « distribution sélective » passé entre les filiales nationales du groupe (ou, à défaut, l'importateur grossiste) et les différents concessionnaires autorisés.

* Langue originale: l'italien.

Metro, tout en ne faisant pas partie du réseau officiel de vente, a réussi à s'approvisionner en produits Cartier (surtout des montres) avec une certaine continuité et à les commercialiser dans ses propres magasins.

4. Au cours de la procédure nationale, il n'a pas été établi quelle est la source d'approvisionnement de Metro. A l'audience, répondant à une de nos questions, Metro a précisé qu'il achète les montres Cartier en Suisse, à des intermédiaires commerciaux indépendants, qui, à leur tour, s'approvisionnent auprès de concessionnaires autorisés suisses du réseau Cartier; le droit helvétique permettrait en effet ce type de fournitures.

De toute manière, il n'est pas contesté (tant devant la juridiction nationale, que devant la Cour) que l'achat et la commercialisation des produits Cartier par Metro s'effectuent de manière *licite*. En outre, il résulte des chiffres soumis à la Cour que le commerce de produits Cartier effectué par Metro a atteint, surtout en Allemagne, une importance non négligeable (en un an, environ 10 % du volume total des ventes Cartier).

Jusqu'à 1984, Cartier a effectué des prestations en garantie sur les montres vendues par Metro. Ultérieurement, à la suite également d'une modification intervenue dans les accords passés avec les distributeurs autorisés, Cartier a refusé de fournir sa garantie gratuite pour les montres achetées en dehors du réseau officiel de distribution. Pour ces montres, Cartier a effectué également les réparations demandées, mais à la charge du client.

5. Le refus de Cartier de garantir les montres vendues par Metro a donné lieu, devant les juridictions nationales, à un contentieux long et complexe, qui est résumé avec précision dans le rapport d'audience. En particulier, le Bundesgerichtshof (BGH) — appelé à statuer pour la seconde fois sur le recours introduit contre la décision de la juridiction de fond — a souligné que le refus de garantie cesserait d'être licite s'il se situait dans le cadre d'un système de distribution sélective dépourvu d'étanchéité, donc, dans le cadre d'un système dans lequel les opérateurs étrangers au réseau — comme Metro — ont la possibilité de s'approvisionner de manière licite en produits contractuels. Le BGH a donc renvoyé le dossier à la juridiction de fond, l'Oberlandesgericht de Dusseldorf (OLG), pour qu'elle procède à la constatation nécessaire des faits.

6. A la suite de ces remarques, l'OLG a posé à la Cour la question préjudicielle suivante:

« Convient-il de considérer comme invalide un système de distribution sélective pour la CEE de produits de prestige (montres de la catégorie de prix supérieure et de la catégorie luxe) échappant à l'application de l'article 85, paragraphes 1 et 2 du traité CEE, au motif que, dans les Etats n'appartenant pas à la Communauté européenne, des clauses contractuelles similaires ne prévoient pas de système de distribution sélective, ou ne prévoient qu'un système imparfait de distribution sélective, de sorte que dans la CEE les marchandises relevant de ce système peuvent y être acquises librement et introduites légalement sur le marché commun par des tiers étrangers au système »?

L'objet de la procédure

7. La délimitation de l'objet de la procédure pose quelques difficultés. En stricte rigueur, l'OLG n'interroge la Cour que sur l'importance du critère de l'étanchéité pour l'application de l'article 85, paragraphe 1. On doit toutefois souligner qu'il pose cette question afin de pouvoir statuer sur la véritable question qui fait l'objet du litige principal, c'est-à-dire sur la légalité du refus de garantie opposé par Cartier pour les produits vendus hors réseau. En effet, la juridiction estime qu'une éventuelle illégalité du système Cartier, pour défaut d'étanchéité, rendrait également illégal le refus de garantie.

Or, la question de la garantie peut aussi être examinée de manière autonome et non pas seulement en fonction de la légalité du système de distribution dans lequel elle s'insère. On peut se demander si le refus de garantie peut constituer par lui-même, indépendamment de la légalité du système Cartier, une violation de l'article 85, paragraphe 1. Les deux points de vue sont étroitement liés, ce qui est du reste confirmé par le fait que (à la seule exception du gouvernement hellénique), toutes les parties qui ont présenté des observations ont examiné l'un et l'autre aspect, de manière approfondie.

Se limiter par conséquent au seul problème de l'étanchéité, en négligeant de prendre en considération la compatibilité avec l'article 85, paragraphe 1, du refus de la garantie en tant que tel, équivaudrait à fournir à la juridiction a quo une réponse certes plus simple et plus rapide, mais largement incomplète et de peu d'utilité pour la solution du litige qui lui est soumis. En outre, une telle limitation serait d'autant plus injustifiée que, tant dans la phase écrite qu'à l'audience, le débat s'est surtout concentré, précisément sur la question de la garantie en permettant par conséquent à la Cour d'acquérir tous les éléments d'appréciation nécessaires à cet égard. Des raisons également d'économie de procédure incitent donc à estimer qu'il est opportun que la Cour examine *ex professo* la question de la garantie dans le cadre de la présente affaire.

Nous considérons donc qu'en l'espèce, compte tenu de l'objet du litige principal et afin de fournir à la juridiction a quo les éléments d'interprétation du droit communautaire indispensables pour résoudre la question de droit qui lui est soumise, il est pertinent d'examiner — comme presque toutes les parties l'ont du reste fait au cours du débat devant la Cour — si la limitation de la garantie peut constituer par elle-même une violation de l'article 85, paragraphe 1.

8. Dans son mémoire, Metro, outre qu'il invoque la non-étanchéité du système de distribution de Cartier et l'illégalité du refus de garantie, a également formulé une série d'autres objections contre les accords de distribution sélective qui lient Cartier à ses concessionnaires. En effet, à son avis, le système Cartier violerait l'article 85, paragraphe 1, pour quatre motifs:

— parce que les concessionnaires officiels ne peuvent pas s'approvisionner auprès d'autres concessionnaires officiels établis en dehors de la CEE (interdiction de livraisons croisées en provenance de pays tiers);

— parce que les livraisons croisées à l'intérieur de la CEE seraient en réalité entravées;

— parce que les critères de sélection des concessionnaires seraient injustifiés et donc trop restrictifs;

— parce que ce système serait dépourvu d'objectivité et aboutirait à une sélection qui n'est pas « purement qualitative ».

9. La Cour doit-elle apprécier le bien-fondé de ces griefs? Nous estimons qu'il faut répondre négativement à cette question. Les aspects que nous venons d'énumérer ne concernent qu'indirectement l'objet du litige principal, tel qu'il a été décrit ci-dessus. En outre, il n'apparaît pas qu'ils aient été appréciés par les juridictions internes dans les différentes phases de la procédure. Enfin, ils n'ont pas non plus fait l'objet d'un véritable débat de procédure devant la Cour: au cours de la phase écrite, seul Metro a développé des considérations à ce sujet et, à l'audience, ils ont été pratiquement ignorés.

10. Nous considérons donc que ces aspects sont étrangers au cadre de la présente procédure. D'ailleurs, — comme il est évident — cette solution ne porte pas atteinte à la faculté de Metro d'exposer ses objections contre le système de distribution Cartier tant devant la juridiction nationale, qui est compétente pour en apprécier le bien-fondé conformément à l'article 85, paragraphes 1 et 2, que devant la Commission, sous forme de plainte présentée en application de l'article 3 du règlement n° 17/62 du Conseil.

La « non-étanchéité » du système Cartier

11. Metro soutient que le système Cartier n'est pas étanche, et cela, dans une mesure considérable. Une quantité appréciable de produits Cartier serait commercialisée par des opérateurs, indépendants c'est-à-dire ne faisant pas partie du réseau officiel. Il en découlerait une distorsion de concurrence entre distributeurs officiels et indépendants: les uns et les autres commercialisent les mêmes produits sur les mêmes marchés, mais les premiers sont soumis à des charges (inhérentes à la concentration de leur assortiment et de leur activité sur les produits contractuels) qui, en revanche, ne grèvent pas les seconds.

12. Cartier soutient, par contre, que son système de distribution est étanche tant d'un point de vue théorique que d'un point de vue pratique. La commercialisation des produits serait en effet confiée, dans le monde entier, à un réseau de distributeurs sélectionnés qui sont tenus par contrat de revendre les produits soit à des consommateurs finals soit à des commerçants *faisant partie du réseau officiel.* Dans ce dernier cas les ventes sont d'ailleurs soumises à un régime spécial d'enregistrement. Le système serait donc organisé de manière à garantir que la circulation des produits s'effectue exclusivement dans le cadre du réseau officiel et non pas par l'intermédiaire d'opérateurs indépendants. En fait, selon Cartier, le seul phénomène de ventes indépendantes qui s'est manifesté sur le marché européen serait celui de Metro, qui utilise les moyens considérables dont il dispose pour s'approvisionner, dans des pays tiers, en petites quantités de produits Cartier, qui sont ensuite, chaque fois, concentrés dans les différents magasins du groupe. Il faut toutefois souligner que Cartier a

renoncé à *prouver* l'étanchéité de son réseau à l'échelle mondiale.

En outre, comme nous l'avons déjà relevé, Cartier, dans l'affaire où il est partie défenderesse, n'a pas allégué le fait que l'achat et la mise dans le commerce de ses produits par Metro constituent des actes illicites et, en particulier, des actes de concurrence déloyale.

13. Cartier — soutenu par les gouvernements français et hellénique, ainsi que, avec quelques réserves, par la Commission — affirme ensuite qu'en tout cas, pour le droit communautaire, l'étanchéité d'un système de distribution sélective n'est pas une condition essentielle de la légalité du système lui-même. Mieux, un certain degré de non-étanchéité — qui se traduit par la présence, sur le marché d'un ou de plusieurs Etats membres, d'un certain volume de ventes de produits contractuels par des opérateurs indépendants — doit être considéré comme un élément qui stimule la concurrence et, par conséquent, comme un facteur de compatibilité, et non pas du tout d'incompatibilité, du système par rapport à l'article 85, paragraphe 1.

14. A cet égard, il faut tout d'abord relever que, conformément à une jurisprudence constante et bien connue, les systèmes de distribution sélective sont considérés comme compatibles avec l'article 85, paragraphe 1, lorsque la sélection des distributeurs est justifiée par des exigences tenant à la nature du produit en question et est effectuée sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations; ces conditions doivent en outre être fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non-discriminatoire (voir, pour tous, l'arrêt du 11 décembre 1980, L'Oréal, affaire 31/80, Rec. p. 3775).

15. En principe, l'institution d'un système de distribution sélective est certainement justifiée pour des produits — tels que les montres Cartier — qui entrent dans la catégorie des produits de luxe et de haut niveau de manufacture. Dans ce secteur, la canalisation de la distribution par l'intermédiaire d'opérateurs sélectionnés et engagés dans les ventes de la marque est une condition importante pour la promotion de l'image et de la réputation commerciale du produit.

16. Après avoir établi que l'institution d'un système de distribution sélective pour des produits tels que les montres Cartier est en principe justifiée, il faut ensuite déterminer si la *non-étanchéité* d'un tel système peut affecter sa légalité.

17. A cet égard, il faut tout d'abord préciser que le critère de l'étanchéité est un critère de droit national. Il ressort du dossier que son importance dans le cadre de l'ordre juridique allemand est double. Sous un premier aspect, de nature procédurale, ce critère sert à invertir la charge de la preuve dans les actions de concurrence déloyale engagées par un producteur, qui a institué un système de distribution sélective, à l'égard des tiers, distributeurs étrangers au réseau, qui ont commercialisé ses produits. Dans ce cas, si le système de distribution est étanche, on *présume* que le distributeur hors réseau a agi de manière déloyale, soit en induisant un concessionnaire autorisé à commettre une violation du contrat, soit en se servant simple-

ment de cette violation. La présomption du caractère déloyal de l'action du tiers permettra donc au producteur d'obtenir la cessation de la revente des produits par le tiers et la réparation du dommage subi.

Sous un second aspect, de nature substantielle, le critère de l'étanchéité sert à conditionner l'*effet* des clauses du contrat de distribution sélective qui imposent au concessionnaire certaines obligations, comme, en particulier celle de ne pas vendre des produits contractuels à un prix inférieur au prix minimal imposé par le fabricant ou de ne pas vendre ces produits à des distributeurs étrangers au réseau. Si le système n'est pas étanche, et si par conséquent le concessionnaire autorisé se trouve exposé à la concurrence de tiers indépendants, ledit concessionnaire pourra se soustraire à l'exécution de ces obligations en formulant, à l'égard du producteur, l'*exception d'exercice illicite du droit,* exception qui prive d'effets juridiques les clauses contractuelles invoquées par le producteur. Ainsi, le système, dont la non-étanchéité a été constatée, perd pratiquement toute portée obligatoire effective à l'égard des concessionnaires.

Par ailleurs, ainsi qu'il nous semble résulté des débats oraux, dans l'ordre juridique allemand le critère de l'étanchéité ne revêtirait pas directement de l'importance pour l'application du droit national des ententes.

18. De toute manière, quelle que soit l'importance du critère de l'étanchéité sur le plan interne, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si sur le *plan communautaire* le système de distribution sélective doit être considéré comme incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, pour le simple fait qu'il n'est pas étanche.

19. A cet égard, il a été souligné que ni la Commission, ni la Cour n'ont jamais prévu l'étanchéité parmi les conditions auxquelles la légalité d'un système de distribution sélective est subordonnée. Toutefois, il est évident que cette observation n'est pas déterminante en elle-même. Ce qui importe, en revanche, c'est la considération que la transposition de ce critère dans le cadre de l'article 85 du traité ne semble justifiée par aucune exigence effective de protection de la concurrence.

20. A cet égard, il nous semble opportun de partir d'un élément de fait. Comme Cartier l'a souligné à bon droit, il est tout à fait normal que les systèmes de distribution présentent un certain degré, plus ou moins élevé, de non-étanchéité. Il suffit de penser que ces systèmes sont institués concrètement avec une certaine gradualité. Dans un premier temps, ils peuvent couvrir des régions déterminées et être ensuite étendus, dans un second temps seulement, à d'autres régions. Cela peut en particulier se produire dans le cadre du marché européen: dans ce marché il peut parfaitement arriver qu'un producteur ne parvienne à créer un réseau de distribution sélective que dans certains pays où ses produits sont plus connus et réputés aux yeux des consommateurs et où, par conséquent, il est plus facile de trouver des distributeurs disposés à assumer les engagements et les charges d'un contrat de distribution sélective; tandis que, dans d'autres Etats, la distribution s'effectue, au moins pendant une certaine période, par l'intermédiaire d'opérateurs indépendants. Dans ce cas, il est tout à fait normal que, si les présupposés économiques existent, des commerçants indépendants établis dans des pays où il y a

une distribution sélective s'approvisionnent parallèlement auprès de commerçants indépendants établis dans les pays où il n'existe en revanche pas de réseau sélectif de vente.

En outre, et de manière générale, le phénomène des ventes hors réseau peut être plus difficilement évité lorsqu'il s'agit de produits commercialisés par l'intermédiaire d'un nombre élevé de revendeurs. Ainsi, s'il n'est pas exclu que l'on puisse contrôler et assurer la tenue du système de distribution sélective dans le cas des produits de luxe, qui sont habituellement distribués par l'intermédiaire d'un réseau assez limité (encore que l'exemple de Metro précisément semble démontrer le contraire), il est certainement plus difficile d'éviter qu'il se produise des failles dans la structure de distribution de produits à large diffusion, comme par exemple l'électronique d'amateur ou les petits appareils électroménagers, pour lesquels on recourt généralement à une commercialisation beaucoup plus capillaire.

21. Compte tenu de cette base factuelle, conditionner la légalité d'un système de distribution sélective à son étanchéité à l'échelle européenne, voire à l'échelle mondiale, risquerait d'affecter le jeu de la concurrence et non de le préserver.

En effet, en premier lieu, imposer l'étanchéité comme condition essentielle aboutirait à limiter considérablement l'autonomie des parties. Le producteur et ses partenaires commerciaux se trouveraient placés devant un choix drastique et, dans de nombreux cas, tout à fait étranger à la réalité économique: ou bien instituer un système étanche partout ou bien renoncer tout à fait à la distribution sélective. En pratique, cela aboutirait à introduire un élément de rigidité dans les rapports commerciaux, en empêchant les parties de déterminer librement, et selon leur propre appréciation, la base optimale de la distribution. Or, dans la mesure où dans certains secteurs — comme celui en question —une structure intégrée de la distribution apparaît précisément comme un instrument important pour la promotion des produits en cause, empêcher le producteur de recourir à la distribution sélective pour la seule raison qu'il ne parvient pas à éviter un certain volume de ventes hors réseau, risque de le priver indûment d'un atout important dans la concurrence *interbrand.*

En second lieu, il ne faut pas non plus taire le fait que, dans les secteurs économiques où tous les producteurs importants ont recours, pour la commercialisation, à des systèmes de distribution sélective, la possibilité de ventes hors réseau peut aussi avoir un effet bénéfique; cette possibilité sert de soupape de sécurité, dans la mesure où, sans mettre en discussion la légalité même des réseaux sélectifs, elle sert quand même à modérer des phénomènes de rigidité excessive, spécialement dans les prix, en maintenant ouvert un créneau à un commerce parallèle limité, exercé par des opérateurs étrangers au réseau officiel.

22. Quant au déséquilibre que les ventes hors réseau peuvent provoquer dans les rapports de concurrence entre opérateurs officiels et opérateurs indépendants, il nous semble que, une fois encore, la solution de ces difficultés doit être trouvée dans l'autonomie des parties intéressées: producteur et distributeurs officiels. Ils sont dans la situation la plus appropriée pour établir si le volume des ventes hors réseau est de nature à mettre en discussion la cohésion du système de distribution sélective. Dans ce cas, il sera dans

l'intérêt de tous de revoir la base de la commercialisation et de passer d'une distribution spécialisée à une distribution libre. Pour ce faire, les parties pourront évidemment utiliser la résolution conventionnelle du contrat de distribution sélective et, en cas de conflit d'intérêts, les autres instruments mis à leur disposition par le droit national des contrats.

Ne pas suivre cette approche risquerait de donner lieu à une thérapie pire que le mal, en ce sens que, pour remédier aux déséquilibres causés au système de distribution sélective par les ventes hors réseau, on déclarerait, en vertu de l'application de l'article 85, paragraphes 1 et 2, la nullité du système dans son ensemble; et cela, paradoxalement, même contre la volonté de ceux, producteur et distributeurs officiels, qui sont lésés par les ventes hors réseau.

D'autre part, pour être complet, il faut également relever que l'application éventuelle du critère de l'étanchéité pourrait se révéler très incertaine sur le plan pratique. A partir de quel volume de ventes hors réseau, et sur quelle période de temps, pourrait-on estimer que le système de distribution sélectif est devenu incompatible avec l'article 85, paragraphe 1? Devrait-on envisager un seuil unique pour tous les secteurs ou des seuils différenciés pour les différents secteurs? Et dans cette seconde hypothèse, en fonction de quels critères? Les juridictions — y compris la Cour — sont-elles en état d'offrir une réponse à ces questions sans courir le risque de prendre des décisions arbitraires? Ces doutes, nous semble-t-il, confirment que les éventuels problèmes posés par l'existence de phénomènes de ventes hors réseau doivent être résolus de manière autonome par les parties et non pas par des interventions judiciaires fondées sur l'application de l'article 85, paragraphes 1 et 2.

23. Nous proposons donc à la Cour de répondre sur ce point en déclarant que, dans un système de distribution sélective, le simple fait que les produits contractuels sont légalement mis en vente, sur les mêmes marchés, non seulement par les concessionnaires officiels, mais également par des commerçants qui ne font pas partie du réseau de distribution sélective, n'est pas de nature à rendre ce système incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, du traité.

La limitation de la garantie

24. Metro soutient que la limitation de la garantie aux seuls produits vendus par les distributeurs officiels affecte substantiellement les ventes effectuées par les opérateurs indépendants. Cette limitation ne serait pas justifiée par des exigences tenant à la protection de la qualité et du prestige des produits. Metro insiste sur le fait que les prestations relatives à la garantie sont effectuées par le producteur, le distributeur se limitant à des interventions banales et qui n'exigent pas l'emploi de techniques ou d'équipements particuliers.

25. Cartier introduit en revanche un autre ordre de considérations. Il souligne en particulier que seuls les distributeurs officiels disposent des informations, des matériaux et des instruments nécessaires pour conserver les produits, et les fournir au client, en parfait état de fonctionnement. Cela découle directement des engagements contractuels parti-

culiers que chaque membre du réseau officiel assume du fait du contrat de distribution sélective. En outre, seuls les produits vendus par l'intermédiaire de circuit officiel sont soumis aux contrôles nécessaires pour en garantir l'authenticité. Les cas de produits contrefaits vendus par Metro le prouveraient. Il serait donc licite que le producteur limite la garantie aux seuls produits vendus par l'intermédiaire du circuit officiel.

26. En examinant la question, il faut tout d'abord évaluer quels sont les effets de la limitation de la garantie sur les rapports de concurrence. En général, les commerçants qui ne peuvent pas fournir les produits avec la garantie normalement accordée par le fabricant sont considérablement lésés sur le plan commercial; entre un produit garanti et un produit non garanti, le consommateur sera porté à préférer le premier, pour la raison également que l'absence de garantie peut faire naître en lui des doutes quant à la qualité (sinon à l'authenticité) du produit qui lui est offert.

La Commission souligne cependant que, dans le cadre des systèmes de distribution *sélective* (qualitatifs), la limitation de la garantie a des effets différents de ceux dans les cas de distribution *exclusive*.

Dans les cas de distribution exclusive, refuser la garantie pour les produits distribués par les importateurs parallèles met le concessionnaire, dans le territoire relevant de sa compétence, dans une situation davantage indubitablement avantageuse par rapport aux importateurs parallèles; ces derniers, ne pouvant assurer des prestations en garantie à leurs clients, risquent d'être « exclus » du marché, avec la conséquence que l'exclusivité déjà reconnue par le producteur à son concessionnaire tend à se transformer d'exclusivité purement relative en exclusivité virtuellement absolue.

Dans les cas de distribution sélective (qualitative), tous les revendeurs qui remplissent les conditions prescrites ont, au moins en théorie, la possibilité d'être autorisés et de commercialiser les produits; il s'ensuit que dans un cadre territorial déterminé, il peut exister un nombre variable, et même très élevé, de revendeurs autorisés, dont aucun ne bénéficie d'une exclusivité territoriale d'origine contractuelle. Dans le cas de distribution sélective, par conséquent, le refus d'accorder la garantie pour les produits vendus en dehors du système ne renforce pas une exclusivité territoriale préexistante, mais vise simplement à protéger les distributeurs autorisés contre la concurrence de distributeurs non autorisés.

Compte tenu de ces considérations, on pourrait être tenté de conclure que dans le cas de distribution sélective (qualitative), la limitation de la garantie ne produit pas d'effets restrictifs de la concurrence. Refuser la garantie pour les produits vendus hors réseau n'aurait d'autre conséquence que de défavoriser des distributeurs — les distributeurs non autorisés — qui, en principe (c'est-à-dire si le système avait fonctionné de manière optimale), n'auraient précisément pas dû commercialiser les produits en question.

27. Nous ne nions pas que cette approche soit suggestive. Toutefois, en l'analysant de manière plus attentive, il nous semble qu'elle se révèle sommaire et tout à fait dénuée de fondement.

28. Tout d'abord, nous relevons, quoique incidemment, que la sélection *qualitative* est une brillante construction théorique, mais qu'il n'est nullement certain qu'elle soit rigoureusement respectée sur le plan pratique. Malgré toutes les précautions prises par la Commission — d'ailleurs tout à fait inexistantes dans le cas du contrat Cartier — il peut arriver que des systèmes théoriquement qualitatifs, et donc ouverts à tout revendeur remplissant les conditions requises, se révèlent ensuite, à l'épreuve des faits, beaucoup plus fermés ou plus rigides que ce qui a été déclaré. Cela pourrait se produire en particulier dans le cas de produits, comme les produits de luxe, dont la distribution est de toute manière plutôt concentrée et où il est difficile d'établir si le système n'est pas en réalité fondé sur une sélection *quantitative*.

Or, du moins tant que la Commission et la Cour continueront d'être en principe hostiles à toute forme de sélection quantitative, on peut estimer que le commerce par des opérateurs étrangers au réseau, à la condition qu'il soit licite, constitue une sorte de soupape de sûreté, qui mérite d'être protégée, aussi sous l'aspect de la garantie.

29. Mais en tout cas la considération fondamentale n'est pas celle-là. En effet nous estimons que, même si le système de distribution était authentiquement qualitatif, la limitation de la garantie aux seuls produits vendus par les concessionnaires officiels pourrait également produire des effets restrictifs de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1.

30. A cet égard, il faut partir de la prémisse — déjà plusieurs fois rappelée — que les ventes hors réseau effectuées par des opérateurs indépendants, comme Metro, sont licites. S'il n'en était pas ainsi, si par exemple il s'agissait de produits contrefaits, il est clair que le problème de la garantie ne se poserait même pas, attendu que le producteur pourrait utiliser d'autres moyens, bien plus incisifs que le refus de garantie, pour s'opposer à des ventes illicites de ses produits. Toutefois, de manière générale il est évident que la garantie du fabricant s'applique aux seuls produits originaux et certainement pas aux produits contrefaits.

En l'espèce, comme nous l'avons précisé ci-dessus, Cartier ne conteste pas que les produits vendus par Metro, et pour lesquels la garantie a été refusée, ont été mis dans le commerce de manière licite: c'est-à-dire qu'ils sont des produits non contrefaits.

31. A cela on doit ajouter que toutes les parties — y compris Cartier lui-même — ont insisté sur le fait qu'un certain degré de commercialisation hors réseau est un phénomène tout à fait *normal* dans la réalité commerciale, qui peut parfaitement coexister avec les systèmes de distribution officiels; et même que, lorsque cela se produit, il a des effets *bénéfiques* sur la concurrence.

32. Mais si cela est vrai, alors on ne comprend pas pourquoi on devrait reconnaître au producteur la faculté d'utiliser le refus de garantie comme un instrument, comme une arme, pour porter préjudice à des opérateurs commerciaux qui exercent pourtant une activité reconnue par lui-même non seulement comme licite mais même comme positive pour la concurrence.

En réalité, le droit communautaire des ententes reconnaît et protège le droit du producteur d'instituer des systèmes sélectifs et d'obliger ses concessionnaires à ne vendre les produits contractuels (outre qu'aux consommateurs finals) qu'à d'autres commerçants autorisés. Toutefois, une fois que, pour un motif quelconque (extension territorialement limitée du réseau officiel, législations d'autres pays qui ne permettent pas d'interdire par contrat les ventes à des opérateurs étrangers au réseau, impossibilité d'assurer l'étanchéité, ou autre), se développe un commerce *licite* hors réseau, on ne voit pas pourquoi cette activité commerciale ne doit pas être protégée de la même manière que toutes les autres, du point de vue de la garantie également.

33. Cette thèse nous semble aussi étayée par des considérations tenant à la *protection du consommateur,* considérations qui ne devraient pas être étrangères à l'interprétation de l'article 85 du traité. En effet admettre la limitation de la garantie a pour conséquence que des consommateurs qui ont acheté de manière licite des produits originaux à des opérateurs indépendants sont privés, en raison de ce seul fait, de la garantie normale du producteur pour des défauts de fabrication. C'est là une *discrimination* absolument injustifiée, au moins dans la mesure où il s'agit de défauts qui sont imputables au producteur et non pas au commerçant indépendant qui a distribué le produit.

34. Cartier a cependant fait valoir que la limitation de la garantie trouve une justification dans d'autres considérations. A son avis, la commercialisation hors réseau augmente le facteur de risque inhérent à tout engagement de garantie du fabricant. Seuls les commerçants spécialisés seraient en mesure de conserver au mieux les produits, en réduisant au minimum le risque de la survenance de dommages. Par contre, l'obligation de garantir également les produits vendus hors réseau exposerait le producteur à des risques, et donc à des charges, insupportables. En fait, Cartier a précisé que l'apport spécifique fourni par les concessionnaires autorisés à la conservation optimale des produits consiste, en substance, dans le remplacement, ponctuel et au moment opportun, des piles à quartz, dans l'emploi, à cette fin, de batteries déterminées et, en certaines circonstances, dans le remplacement des garnitures étanches.

35. Personnellement, nous estimons que l'on court le risque de surévaluer le rôle des concessionnaires autorisés. Les commerçants étrangers aux réseaux officiels peuvent, eux aussi, être des professionnels sérieux et posséder les connaissances et les instruments nécessaires pour assurer une conservation et une mise en fonction plus que correctes des produits; en réalité, nous n'estimons pas que commerçant indépendant soit synonyme de commerçant non spécialisé ou, pire encore, de commerçant incapable.

Quant au cas d'espèce, il est bon de rappeler que l'OLG, dans sa décision du 20 décembre 1988 (point f) des motifs), a déjà relevé que « les prestations d'entretien et de garantie incombant au concessionnaire lui-même se limitent dans l'ensemble à des prestations plutôt périphériques (...), tandis que les interventions »au coeur« de la montre restent réservées au fabricant lui-même »; et que, si, indubitablement, les prestations de service incombant au concessionnaire nécessitent un équipement technique minimum, il est en revanche douteux que cet équipement pose « des exigences techniques, artisanales ou financières telles qu'elles ne puissent être remplies également par un grand nombre d'autres détaillants en horlo-

gerie ou par des départements spécialisés de grands magasins disposant du personnel approprié ».

36. Compte tenu de ces remarques, on peut nourrir plus d'un doute quant au fait que la vente de montres Cartier par Metro implique des risques techniques de nature à compromettre la gestion du système de garantie institué par le fabricant.

37. Mais même outre cet aspect, nous estimons essentielle une autre considération. Même à supposer que les concessionnaires autorisés effectuent des prestations sophistiquées que les commerçants non autorisés ne sont pas en mesure d'offrir et que, en outre, ces prestations soient déterminantes pour éviter l'apparition de certains *problèmes* et dommages techniques, il s'agit là d'un aspect de pur fait qu'il appartient évidemment à la juridiction nationale d'élucider.

Or, dans un tel cas, le producteur pourra certainement refuser de garantir les défauts qui sont la *conséquence* de l'omission ou de l'exécution incorrecte des prestations susdites par le commerçant indépendant.

Il n'existe toutefois aucune raison qui autorise le producteur à ne pas garantir des défauts qui n'ont rien à voir avec ces prestations et qui, en d'autres termes, auraient très bien pu exister même si le produit avait été commercialisé par un concessionnaire autorisé.

38. Cette solution nous semble de nature à concilier les divers intérêts en présence. D'une part, l'intérêt du producteur à ne pas répondre de dommages qui auraient été évités si les produits avaient circulé par le canal officiel. D'autre part, l'intérêt des commerçants indépendants et de leurs acheteurs à ce qu'il n'existe pas, sur le plan de la garantie, des *discriminations* indues à l'égard des produits vendus hors réseau: discriminations indues qui se produiraient certainement si le producteur pouvait également refuser la garantie pour des défauts qui ne seraient absolument pas imputables aux actes du commerçant indépendant.

Ainsi, en l'espèce, Cartier — si ses affirmations étaient réellement fondées — pourrait refuser la garantie pour un dommage lié au fait de ne pas remplacer ou de remplacer incorrectement les batteries ou la garniture étanche, mais ne pourrait pas refuser de garantir un dommage dû, par exemple, à un défaut des matériaux de fabrication.

Cela devrait valoir à plus forte raison dans la mesure où la garantie de Cartier se présente comme une garantie pour « défauts de fabrication »; l'engagement pris par le producteur à l'égard de l'acheteur — tel qu'il résulte du « certificat spécial de garantie » qui accompagne les montres vendues — ne devrait de toute façon pas couvrir les dommages imputables au comportement du commerçant indépendant.

39. Nous estimons donc que l'engagement du producteur contenu dans le « certificat de garantie », de garantir les défauts de fabrication, vaut également à l'égard des consommateurs qui ont acheté le produit à des

commerçants non autorisés, à la seule exclusion des défauts qui sont la conséquence de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte, par le commerçant non autorisé, des prestations qui sont normalement effectuées par les concessionnaires autorisés.

40. Cette solution, naturellement, peut concerner non seulement les produits en cause, mais, le cas échéant, également d'autres catégories de produits soumises à un régime de distribution sélective et couvertes par la garantie du fabricant.

Conclusion

41. A la lumière de ces considérations, nous suggérons à la Cour de statuer dans les termes suivants:

« 1) Dans un système de distribution sélective le simple fait que les produits contractuels sont légalement mis en vente, sur les mêmes marchés, non seulement par les concessionnaires officiels mais également par des commerçants qui ne font pas partie du réseau de distribution sélective, n'est pas de nature à rendre ce système incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, du traité.

2) L'article 85, paragraphe 1, du traité s'oppose à ce que, dans le cas d'un système de distribution sélective, un producteur, d'entente avec les concessionnaires autorisés, exclue de la garantie pour défauts de fabrication les produits légalement mis en vente par des commerçants non autorisés. Toutefois, cette garantie ne peut pas être invoquée par l'acheteur pour des défauts ou des dommages du produit qui sont la conséquence de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte, par le commerçant non autorisé, de prestations qui sont normalement effectuées par les concessionnaires autorisés. »