

**OBSERVATIONS SUR LE RAPPORT D'ÉVALUATION
DU RÈGLEMENT N°1400/2002
EN DATE DU 28 MAI 2008**

La Commission a proposé aux tiers intéressés de formuler des observations sur le rapport d'évaluation du règlement d'exemption par catégorie n°1400/2002 applicable dans le domaine automobile, qu'elle a publié le 28 mai 2008

Le cabinet Vogel & Vogel salue cette initiative.

Il souhaite apporter une contribution au débat initié par la Commission, articulée autour de trois thèmes :

- I. La protection de la concurrence en matière de véhicules neufs ;
- II. La protection de la concurrence en matière d'après-vente et de pièces ;
- III. La protection des concurrents.

I. La protection de la concurrence en matière de véhicules neufs

A. Le diagnostic

On ne peut être d'accord avec le diagnostic effectué par la Commission : la concurrence est vive, extrêmement vive sur le marché automobile.

Ce constat n'est pas nouveau : le rapport du London Economics était déjà en sens ; or, celui-ci était déjà un non un bilan du règlement n°1400/2002 mais un bilan du règlement n°1475/95 puisqu'il ne portait que sur une année d'application effective du nouveau règlement, l'année 2004, la quasi-totalité des constructeurs ayant utilisé la période transitoire. Et depuis l'adoption du règlement n°1400/2002, la concurrence ne fait que s'accroître. Le diagnostic fait par la Commission l'est même de manière rétrospective : les conclusions que l'on peut en tirer peuvent déjà être en partie dépassées au moment où on les fait.

Or, l'industrie automobile est entrée dans une ère d'hyper-concurrence dans un environnement de défis commerciaux et technologiques sans précédent.

B. Les conséquences associées au diagnostic de la situation

Dans cette situation d'hyper-concurrence et de contraintes technologiques, le droit de la concurrence et de la distribution doit garantir aux opérateurs une sécurité juridique suffisante et une grande flexibilité commerciale.

Dans ce contexte, se pose toute une série de questions :

- 1) Est-il préférable qu'il y ait un règlement d'exemption commun à l'ensemble des accords comprenant des restrictions verticales ou deux règlements, un général et un propre aux accords de distribution automobile, comme c'est le cas actuellement ?

La solution d'un règlement unique paraît la meilleure.

Il n'y a aucune raison de traiter différemment des secteurs qui recourent aux mêmes formes de distribution. Il n'y a *a fortiori* aucune raison de traiter différemment des produits qui sont très proches, comme les automobiles et les motos (2 roues, 4 roues), et pour lesquels la concurrence est tout aussi vive. La différence de traitement peut même devenir absurde lorsque les mêmes fournisseurs vendent des produits relevant de deux règlements différents aux mêmes distributeurs (comme les motocycles ou les quads, selon qu'ils ont deux, trois ou quatre roues).

La différence de régime est aussi une source de complexité car il n'est pas toujours aisé de déterminer le régime dont chaque fournisseur relève, un même produit, comme la peinture, pouvant relever du règlement général lorsqu'il est vendu à des fins non automobiles et du règlement automobile lorsqu'il est vendu par un fabricant de peinture à un carrossier. L'impératif de sécurité juridique et d'égalité devant la loi, et l'exigence de textes clairs, faciles à appliquer et s'appliquant à tous de la même façon, militent pour un règlement unique.

De façon générale, l'analyse économique moderne montre aussi que dans un système libéral d'économie de marché, l'octroi de statuts particuliers à certains secteurs de l'économie est généralement source d'inefficience : chaque secteur bénéficiant d'un statut particulier cherche à le conserver et les autres secteurs cherchent à se voir étendre le statut particulier. Dans un monde de concurrence, il faut abolir les statuts particuliers.

- 2) Les fournisseurs doivent-ils pouvoir adopter la politique de marque de leur choix ?

Le règlement automobile actuel est extrêmement contraignant en matière de politique de marque. Il impose un multimarquisme total sur les lieux de vente.

Le rapport témoigne de la prise de conscience par la Commission des limites qui existent à vouloir imposer un multimarquisme absolu.

D'un côté, il montre que l'imposition du multimarquisme ne sert à rien. Le rapport constate qu'il ne correspond pas au modèle économique de la distribution automobile. Il constate aussi que lorsque cela se révèle nécessaire (dans les régions peu peuplées ou pour les marques aux résultats insuffisants), le multimarquisme est mis en œuvre par le jeu du marché de la même façon qu'avant l'adoption du règlement n°1400/2002, sans qu'il soit besoin de le contraindre.

De l'autre, il atteste que le multimarquisme a des effets pervers. En encourageant le multimarquisme au sein de mêmes salles de ventes, le règlement a peut-être poussé les constructeurs automobiles à réagir à une dilution anticipée de leur image de marque en adoptant des normes de sélection plus strictes, ce qui peut avoir incité des concessionnaires à réaliser de plus gros investissements pour une marque particulière, et entraînant ainsi une augmentation globale des coûts de distribution.

Il faut garder en mémoire que l'imposition forcée du multimarquisme est contraire aux enseignements de la science économique moderne. Celle-ci démontre qu'en cas de concurrence intermarques forte, des clauses d'exclusivité de marque sont efficaces. L'interdiction du monomarquisme a eu outre des effets négatifs considérables dans l'automobile. L'image de marque est très importante pour l'entreprise. Une marque haut-de-gamme peut avoir pour stratégie légitime d'offrir à ses clients un service exclusif. La présence d'une marque moins prestigieuse au sein du même show-room est incompatible avec une telle politique. Par ailleurs, il est devenu quasiment impossible de financer la présence de show-rooms dans les grandes villes sans aide de la marque pour compenser en partie le coût de l'immobilier. Il est bien évident que si une marque accepte de prendre en charge une partie du loyer de la surface de vente de son concessionnaire, elle ne le fera que si elle est assurée de pouvoir bénéficier en contrepartie d'une exclusivité de vente au sein du point de vente.

On ne peut donc que partager les conclusions du rapport d'évaluation : *« il apparaît donc que les règles relatives au multimarquisme spécifiques au secteur n'ont pas été d'une efficacité totale et que la limitation des possibilités pour les constructeurs automobiles d'imposer des obligations directes ou indirectes de non-concurrence à leurs concessionnaires telle que prévue par le règlement n°2790/1999 aurait pu, selon toute probabilité, assurer un niveau équivalent de protection de la concurrence sur le marché. »*

Le devenir des obligations de non-concurrence dans le cadre du futur règlement général n'est pas connu. Mais l'on ne peut que souhaiter que le règlement qui sera applicable à l'automobile contienne des règles au moins aussi souples que celles en vigueur dans le cadre du règlement n°2790/99.

3) Faut-il continuer à brider la liberté des fournisseurs de recourir au système de distribution de leur choix ?

Le système actuel est très contraignant par rapport au droit commun : il interdit les clauses de localisation en matière de distribution sélective ; il interdit la combinaison de la distribution exclusive et sélective ; il impose aux constructeurs de laisser les distributeurs sous-traiter le service après-vente.

L'Ecole de Chicago a démontré depuis le début des années 80 qu'en présence d'une concurrence intermarques forte, toutes les restrictions à la liberté d'organisation des réseaux de distribution étaient contre-productives. Ce constat fait l'objet d'un consensus parmi les économistes, bien au-delà de l'Ecole de Chicago.

Les contraintes liées au règlement actuel devraient donc disparaître.

S'agissant de la clause d'essaimage, le rapport a constaté son inutilité. Mais la clause d'essaimage peut aussi avoir des effets pervers, par exemple lorsqu'elle est utilisée par le distributeur le plus fort sur un marché local pour éliminer les concurrents

S'agissant de la combinaison de la distribution exclusive et sélective, le rapport d'évaluation n'évoque pas la question. Mais il faut rappeler que le règlement n°2790/99 l'autorise, à condition que les ventes actives et passives ne soient pas restreintes, « *sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé* » (article 4, c), du règlement n°2790/1999). Il n'y a pas de raison de ne pas le faire dans l'automobile, d'autant que cette combinaison était admise dans le précédent règlement automobile, le règlement n°1475/95, et que le rapport du London Economics a montré qu'elle s'était accompagnée d'une intensification de la concurrence.

S'agissant de la faculté de sous-traitance, ici aussi, le rapport constate l'inutilité de la mesure.

4) *Faut-il octroyer aux fournisseurs automobiles en situation de plus forte concurrence des droits moindres en matière de choix de système de distribution que sous l'empire du règlement n°1400/2002 ?*

C'est le grand paradoxe du rapport d'évaluation : alors que la Commission constate la vivacité de la concurrence dans le secteur, elle semble préconiser le retrait de l'exemption aux accords de distribution sélective qualitative et quantitative entre 30 et 40% de parts de marché.

La solution pourrait pousser certains constructeurs à opter pour un système moins favorable à la concurrence intramarque, l'agence.

Surtout, le rapport en ce qu'il critique l'existence d'un seuil de parts de marché jusqu'à 40% en matière de distribution sélective qualitative et quantitative n'emporte pas la conviction.

Ses conclusions, non motivées, ne correspondent pas à l'état actuel de l'analyse économique.

Il semble fondé sur la simple constatation qu'il conduit à une uniformité du choix dans les systèmes de distribution. Mais avec un seuil ramené à 30%, l'uniformité serait aussi de mise. De plus, la diversité ou l'uniformité des modèles de distribution n'est pas un critère du droit de la concurrence. Si, dans un secteur donné, les opérateurs optent tous pour le même système, c'est parce qu'ils choisissent le plus efficace pour eux : il ne sert à rien de tenter de leur imposer des systèmes différents.

Le seul reproche fait à la sélection quantitative est qu'elle aurait permis aux fournisseurs de réduire la densité de leurs réseaux entre 2002 et 2006, ce qui aurait pu conduire à une réduction de la concurrence intramarque. Cette observation appelle trois remarques. Tout d'abord, beaucoup de fournisseurs n'ont pas réduit la densité de leurs réseaux à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 : c'était d'ailleurs le principal argument de contestation de résiliations avec préavis d'une année opérées en vue de l'échéance du 1^{er} octobre 2003. Ensuite, pour les marques qui ont réduit la densité de leur réseau, ce mouvement avait été initié plusieurs années avant l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 et elles auraient pu le faire avec bien d'autres systèmes de distribution. Enfin, et surtout, le rapport constate qu'il n'y a pas eu de réduction de la concurrence intramarque du fait d'une réduction hypothétique de la densité des réseaux.

La suppression d'un seuil de 40% spécifique à l'automobile pour la distribution sélective qualitative et quantitative ne paraît pas justifiée.

II. La protection de la concurrence en matière d'après-vente et de pièces

La Commission a décidé de privilégier un système de régulation *a priori* plutôt qu'un système de contrôle par le droit du règlement d'exemption.

Toutes ces régulations *a priori* ont déjà été adoptées et vont entrer prochainement en vigueur, le 1^{er} septembre 2009 pour le règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007 ou vont être étudiées (communication sur la sous-traitance).

Cette démarche conduit à simplifier le dispositif et ne peut être accueillie que favorablement.

Il faut cependant garder certaines données à l'esprit.

S'agissant de l'accès aux informations techniques, celui-ci est déjà ouvert mais qu'il y a très peu de demandes parce que les réparateurs indépendants font des réparations sur des véhicules toutes marques sans très souvent acheter l'information technique.

S'agissant des systèmes de rabais en matière de pièces, c'est bien parce que les constructeurs offrent à leurs réparateurs agréés un service logistique performant que ceux-ci préfèrent leur acheter la majorité des pièces. C'est faire un faux procès aux constructeurs que de leur imputer des pratiques contraires à l'article 82 CE. Et si les dispositions de cet article devaient trouver à s'appliquer ponctuellement, ceci ne devrait pas avoir d'impact sur l'examen du renouvellement de l'exemption et de l'application de l'article 81 CE dans le domaine automobile. Relevons en outre que la Commission et le juge communautaire ont déjà été saisis des systèmes de rémunération pièces de constructeurs et les ont été jugés concurrentiels (TPICE, affaires jointes T-185/96, T-189/96 et T-190/96, du 21 janv. 1999, *Riviera Auto Service Etablissements Dalmasso SA e.a. c. Commission*).

III. La protection des distributeurs

Le règlement n°1400/2002 subordonne le bénéfice de l'exemption à un certain nombre de conditions destinées à conférer aux distributeurs automobiles un statut protecteur. La Commission souhaite faire sortir ces règles protectrices du règlement et revenir à un règlement neutre ne comportant que des règles de concurrence.

A. Droit de la concurrence et statut des distributeurs

Les conclusions de la Commission sont doubles : le droit de la concurrence a pour objet de protéger la concurrence, pas les concurrents ; les règles protectrices des distributeurs ont des effets anticoncurrentiels qui ne sont pas souhaitables.

On ne peut que les approuver.

Sur le premier point, la Cour Suprême des Etats-Unis a déjà retenu cette règle depuis le début des années 80. Sur le second, de nombreuses études, dont celles de l'ABA aux Etats-Unis, en témoignent.

B. Faut-il réinstaurer certaines règles protectrices par un accord conventionnel entre concurrents ?

On ne peut dès lors qu'être hostile au maintien de textes ayant des effets anticoncurrentiels au sein d'un règlement ayant pour objet de promouvoir la concurrence.

Et l'on ne peut qu'être hostile à leur restauration dans un autre texte – loi ou accord conventionnel : ce qui est inutile ou mauvais pour la concurrence l'est en soi, que ce soit au sein du règlement ou à côté.

1. La liberté de cession entre distributeurs de la même marque

La Commission fait observer à juste titre que cette disposition, qui avait pour objet de favoriser l'intégration du marché grâce au développement des concessions transfrontalières, n'a pas atteint son objectif puisque pratiquement toutes les cessions de concession au sein des réseaux agréés se sont produites à un niveau national. Non seulement l'objectif n'a pas été atteint, mais le règlement d'exemption a probablement entraîné, comme le reconnaît la Commission, une concentration des concessionnaires dans certaines zones locales, et donc un affaiblissement de la concurrence.

2. La motivation par des raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation ordinaire avec préavis de deux ans

Imposer la motivation de la résiliation ordinaire motif pris de la volonté d'éviter des résiliations anticoncurrentielles n'a guère de sens. Dans le climat actuel caractérisé pour une forte concurrence intermarques, il semble peu probable qu'un constructeur automobile choisirait de réagir au comportement pro-concurrentiel d'un concessionnaire en menaçant de l'exclure de son réseau. Une résiliation contractuelle est une mesure qui cause également un préjudice au fournisseur, qui sait que s'il rompt le contrat avec un préavis de deux ans, les ventes vont diminuer. Il ne s'y résout, avec les conséquences que l'on sait, que lorsqu'il pense que le concessionnaire qui a un niveau de vente insuffisant ne fera pas mieux à l'avenir et non pour écarter un partenaire ayant eu un comportement pro-concurrentiel. L'enquête de la Commission n'a pas d'ailleurs permis de déterminer un seul cas dans lequel des motifs anticoncurrentiels seraient à l'origine d'une résiliation ordinaire. Il est donc temps d'abroger une obligation qui contribue à rigidifier les structures contractuelles.

3. La durée minimale des préavis de résiliation ordinaire de deux ans

Cette question devrait être réglée au regard des règles du droit interne, qui permettent une solution adaptée aux circonstances de chaque espèce sans laisser le distributeur démuné. Le droit français prévoit par exemple la nécessité de respecter un délai de préavis en cas de rupture d'une relation commerciale établie tenant compte en particulier de la durée des relations.

4. Le recours possible à un mécanisme d'arbitrage pour les litiges relatifs aux obligations contractuelles

Cette mesure n'avait pas sa place dans le règlement, la Commission n'étant pas habilitée à intervenir dans l'organisation judiciaire des Etats membres ou à imposer l'arbitrage. Et de fait, le règlement n°1400/2002 prévoit une simple faculté de saisir un tiers expert, sans préjudice de la possibilité de saisir les juridictions nationales. En pratique, la majorité des réseaux ont appliqué cette disposition en prévoyant une compétence judiciaire de principe au Tribunal de leur siège avec faculté de saisir un conciliateur ou un expert chargé de donner un avis, avec souvent une procédure de tiers expert pour les objectifs de vente.

Si l'on ne peut qu'approuver la suppression de toute règle en la matière dans le futur règlement, reste à se demander si, comme le suggère le rapport, elle devrait être conservée par ailleurs. Pour le calcul des objectifs, le recours au tiers expert constitue un processus raisonnable dans la mesure où le juge désignerait sans doute de toute façon un expert pour l'éclairer. En revanche, dans les autres domaines, le recours à l'arbitrage s'est révélé inadapté pour les rares marques qui en ont eu recours : il n'est en effet pas moins coûteux et plus rapide que la procédure judiciaire ; il est même beaucoup plus coûteux compte tenu des sommes à verser aux arbitres.