

Le 11 février 2010

Observations de l'AFEC¹
sur les projets de règlement d'exemption par catégorie
et de lignes directrices automobiles.

L'Association Française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante, créée en 1952, à but non lucratif, qui réunit des magistrats, des avocats, des juristes d'entreprises, des professeurs de droit et d'économie et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF.

Elle a pour objet de défendre le principe d'une concurrence libre et non faussée, et de lutter par tous moyens appropriés sur le plan national et international contre la concurrence déloyale, abusive ou illicite. L'AFEC est un lieu d'échange d'idées et d'expériences sur le droit de la concurrence, tant dans ses aspects juridiques qu'économiques, à travers des journées d'études ou des groupes de travail. Les questions d'actualité et de prospective en droit de la concurrence sur le plan communautaire ou international sont traitées par l'AFEC au sein de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (LIDC) qui regroupe des représentants de plus de quarante pays à travers le monde et au congrès de laquelle elle participe chaque année activement.

L'AFEC s'est exprimée le 10 juillet 2008 sur le rapport d'évaluation de la Commission sur le règlement d'exemption par catégorie régissant l'application des règles du traité CE relatives aux pratiques commerciales restrictives (article 81 CE, devenu article 101 TFUE) aux accords conclus dans le domaine de la distribution et de la réparation des véhicules automobiles (règlement n°1400/2002) et en 2009 dans le cadre de la communication de la Commission sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobiles (COM/2009/0388 final).

Ses membres ont pris connaissance des projets de règlement d'exemption par catégorie (REC) et de lignes directrices automobiles (LD automobiles) publiés par la Commission sur son site internet le 21 décembre 2009 et ont souhaité formuler les observations suivantes.

§ § § §

¹ Association inscrite au Registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne : n° 90225872092-95. L'association autorise la Commission à mettre ces observations sur son site. Siège social et secrétariat : 25, boulevard Berthier. 75 017. Paris. Tel. 01 42 67 31 61. secretariatafec@wanadoo.fr ; représentant légal : laurence.idot@sfr.fr

1. Observations générales.

En premier lieu sur un plan formel le choix d'adopter un REC et des LD spécifiques n'apparaît pas nécessairement cohérent au regard de la volonté clairement exprimée par la Commission d'unifier le régime applicable à l'ensemble des secteurs de la distribution et des services.

L'AFEC recommande de ce fait l'insertion de ces textes dans le Règlement général XXX/2010 et dans les LD de ce règlement, ce qui facilitera en outre leur consultation pour les praticiens.

L'AFEC souhaite également souligner son souhait que ces textes privilégient avant tout la recherche de règles propres à favoriser l'exercice d'une libre concurrence.

a) **Entrée en vigueur des nouveaux textes.**

Alors que la Commission souhaite soumettre dès le 1^{er} juin 2010 les services après-vente aux dispositions cumulatives du futur REC et du futur règlement général restrictions verticales, la distribution de véhicules neufs resterait soumise au règlement n°1400/2002 jusqu'au 31 mai 2013 et serait après cette date soumise au futur règlement restrictions verticales.

L'AFEC avait souligné la nécessité d'assurer dans ce secteur une transition en douceur et certains membres se réjouissent de la durée de trois années accordée pour assurer cette transition.

D'autres s'interrogent cependant sur l'opportunité, au regard du principe de sécurité juridique et des réserves de la Commission sur l'efficacité du Règlement 1400/2002², de faire coexister sur une période aussi longue des règles différentes.

En outre, certains soulignent que la prorogation du règlement 1400/2002 jusqu'au 31 mai 2013 va engendrer de nombreuses difficultés pratiques pour les constructeurs : faut-il qu'ils prévoient des contrats qui se termineront le 31 mai 2013, soit dans trois ans, alors même que l'article 5 du règlement 1400/2002 prévoit une durée déterminée de 5 ans au minimum ? Faut-il qu'ils résilient les contrats à effet du 31 mai 2013 lors du basculement de la distribution automobile dans le champ d'application du règlement général immédiatement après les avoir signés ?

² L'exposé des motifs du projet de règlement précise en paragraphe 10 : « *En ce qui concerne la distribution de véhicules automobiles neufs, il n'y a apparemment aucun dysfonctionnement important concernant la concurrence qui pourrait distinguer ce secteur des autres secteurs économiques et qui pourrait requérir l'application de règles différentes et plus strictes que celles que contient le règlement CE n° XXX/2010 de la Commission.*

Le seuil de part de marché, l'exclusion de certains accords d'exemption prévus par le présent règlement, ainsi que les conditions auxquelles celui-ci subordonnent l'exemption garantissent en principe que les accords verticaux de distribution de véhicules automobiles neufs respectent les conditions prévues par l'article 101, paragraphe 3, du traité.

De tels accords doivent donc bénéficier de l'exemption prévue par le règlement CE n° XXX/2010 sous réserve du respect de l'ensemble des conditions qu'il contient ».

Malgré les divergences qui les opposent sur cette question, les membres de l'AFEC relèvent par ailleurs que si la Commission considère que le règlement n°1400/2002 n'est plus adapté aux conditions actuelles de la concurrence et qu'un règlement purement concurrentiel détaché de toute règle de nature civile doit prévaloir, la décision politique de faire basculer la distribution de véhicules neufs dans le champ d'application du règlement restrictions verticales devrait en toute logique être appliquée immédiatement et pleinement. La situation préconisée par la Commission, cristallisant l'état actuel de la distribution des véhicules pendant trois ans, semble donc incohérente avec l'approche globalisante souhaitée par la Commission.

Pour que l'application du futur cadre demeure raisonnable, ils estiment qu'une période de transition d'une année, applicable aux contrats en cours, serait préférable et constituerait un compromis acceptable : les règlements d'exemption par catégorie précédents avaient tous retenus une période de transition d'une année, même dans le cas du règlement n°1400/2002 qui impliquait lui aussi des modifications importantes pour les acteurs en place, nonobstant leurs investissements.

Enfin, comme elle l'avait indiqué dans ses précédentes observations, l'AFEC souhaite que soit établie une pérennité des règles mises en œuvre pour fournir une certaine stabilité à l'ensemble des praticiens. L'AFEC est donc satisfaite de constater que, comme elle l'avait proposé, la période de validité du REC automobile est de 10 ans.

b) Périmètre du REC et des LD automobiles.

Certains membres avaient estimé souhaitable de maintenir dans le secteur automobile des règles relatives à la protection des distributeurs à l'égard des constructeurs à travers les règles applicables au multimarquisme, aux conditions de résiliation des contrats et à l'indépendance des distributeurs.

Dans son rapport d'évaluation sur le règlement n°1400/2002, la Commission avait estimé que les dispositions de son article 3, visant les règles indiquées ci-dessus, n'avaient pas leur place dans un règlement d'exemption par catégorie en raison de leur faible apport et celles-ci n'ont pas été reprises dans le projet de REC.

Le projet de LD automobiles contient en outre une référence aux codes de bonne conduite signés par l'ACEA et la JAMA qui apporte certaines indications relatives aux conditions des résiliations (cf. §7).

Certains membres regrettent que ces textes n'aient pas un champ d'application plus large.

Plusieurs membres de l'AFEC ont cependant fait remarquer que si la Commission considère que ce type de questions n'a pas sa place dans un règlement, elles n'ont pas plus leur place dans des lignes directrices, qui ne peuvent avoir pour vocation que d'explicitier les dispositions du règlement, et n'ont pas à être prises en compte pour l'application de l'article 101 TFUE comme le suggèrent les LD automobiles. Ils ont souligné l'insécurité juridique qui en découlerait du fait de la création de nouvelles règles dans les LD. Cette insécurité est selon eux accentuée par le lien fait entre respect du code et conditions de la résiliation par le projet de LD automobiles – question non couverte par les codes concernés – dont les conséquences ne sont pas claires. Ils ont souligné la nécessité de supprimer cette mention du texte des LD automobiles car elle est source de confusion et d'insécurité juridique.

2. Distribution de véhicules neufs.

a) Détermination et calcul de la double part de marché du constructeur et du distributeur

Les membres de l'AFEC considèrent que la soumission du secteur automobile à la double condition de parts de marché prévue le futur règlement général est source d'insécurité juridique dès lors que le constructeur n'a pas la maîtrise de la part de marché détenue par le distributeur. Au regard du principe de sécurité juridique, ils s'inquiètent aussi de l'absence de visibilité donnée sur la manière dont se calculera demain cette part de marché en termes géographiques, en l'absence de toute indication dans les LD. Une modification tendant à prendre en compte la part de marché de l'acheteur sur le marché de l'approvisionnement serait heureuse car elle serait de nature à réduire les difficultés pratiques résultant de la double condition de parts de marché.

b) Les critères de sélection quantitatifs

Le projet de LD automobiles précise : « *Alors que la distribution sélective qualitative suppose la sélection de distributeurs ou de réparateurs uniquement sur la base de critères objectifs exigés par la nature du produit ou du service, la sélection quantitative ajoute des critères de sélection supplémentaires qui limitent plus directement le nombre potentiel de distributeurs ou de réparateurs, soit en en fixant directement le nombre soit, par exemple, en exigeant un niveau minimal de ventes.* » (§38). Ceci s'inspire en particulier des indications figurant dans les lignes directrices actuellement en vigueur sur les restrictions verticales (cf. § 186), d'ailleurs reprises dans le projet de lignes directrices sur les restrictions verticales (cf. § 171). Ces textes précisent par ailleurs que les critères de sélection purement qualitatifs doivent être objectifs, c'est-à-dire requis par la nature du produit, fixés de manière uniforme et appliqués de manière non discriminatoire, et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

L'expérience passée dans le domaine automobile a montré la difficulté pour les juridictions nationales d'appréhender la différence de nature entre critères de sélection qualitatifs et quantitatifs pour le bénéfice de l'exemption ; certains plaideurs ont soutenu que même les critères de sélection quantitatifs devaient être objectifs, fixés de manière uniforme et être justifiés, pour ne pas aller au-delà de ce qui était nécessaire, position que la Cour de cassation a paru retenir. La Commission est d'ailleurs intervenue dans cette procédure en qualité d'*amicus curia*³.

Pour des raisons de sécurité juridique, la Commission pourrait opportunément rappeler dans ses LD automobiles que pour bénéficier de l'exemption, les critères de sélection quantitatifs comme qualitatifs ont seulement à être définis, sans être soumis aux conditions posées quant à l'objectivité, l'uniformité et à l'application non-discriminatoire des critères de sélection *purement qualitatifs* qui ne tombent pas sous le coup de l'article 101 TFUE et, partant, n'ont pas besoin d'être exemptés.

³ Cf. Cass. Com., arrêt du 28 juin 2005 (n°982) rectifié par arrêt du 21 juillet 2005 (n°1319), *Daimlerchrysler France c. Greteau*.

c) Distribution sélective et revente hors réseau (intermédiaires)

L'interdiction de la revente hors réseau est un élément central en matière de distribution sélective ; elle fait partie de la définition même de ce type de système de distribution. Elle protège les distributeurs ayant investi pour satisfaire aux exigences de la marque et assurer des conditions de vente optimales des véhicules contre le risque de free-riding.

En matière automobile, pour favoriser le commerce entre Etats membres, il a été admis que les consommateurs puissent recourir à des mandataires au sens du droit civil : agissant au nom et pour le compte du client, l'intermédiaire mandaté par écrit leur permettait d'acquérir un véhicule dans toute concession d'un Etat membre, le véhicule étant facturé au client.

La possibilité de recourir à des mandataires et les conditions posées à ce recours permettaient de garantir un équilibre entre d'une part l'intérêt des consommateurs et le développement du commerce entre Etats membres et d'autre part la préservation du réseau contre le risque de free-riding.

Les membres de l'AFEC relèvent que le projet de LD automobiles au point 46 ouvrirait l'activité d'intermédiaire, assimilé à un utilisateur final, à toute personne disposant d'une « *demande valable comprenant le nom et l'adresse du consommateur* », sans la réserver aux seuls mandataires. Ceci autoriserait les ventes à des commissionnaires : or, les commissionnaires s'ils agissent pour le compte des consommateurs, concluent l'acte de vente en leur nom ; ce sont des revendeurs comme les membres du réseau de distribution agréé. Admettre cette possibilité pour les commissionnaires remettrait en cause l'équilibre qui a jusqu'alors prévalu (distributeurs agréés/mandataires), et empêcherait tout contrôle de l'étanchéité du réseau : l'intermédiaire ayant acquis le véhicule pourrait le revendre puisqu'il en serait propriétaire et ce sans aucune possibilité de contrôle effectif de la réalité d'une demande préalable d'un consommateur. Compte tenu du risque de free-riding et d'affaiblissement du réseau qui en résulterait, les membres de l'AFEC demandent la suppression de cette mention d'intermédiaire dans le projet de LD automobiles et qu'il soit confirmé que n'est autorisée que l'activité des intermédiaires agissant comme mandataire au nom du consommateur, la facture étant établie au nom de ce dernier et le mandataire agissant en vertu d'un pouvoir écrit à fournir au membre du réseau auquel il s'adresse.

d) Multimarquisme

Certains membres de l'AFEC ont indiqué qu'ils souhaitent voir préservées certaines règles du règlement d'exemption en vigueur, et notamment celles limitant le recours au monomarquisme car selon les représentants des concessionnaires le multimarquisme est déjà une réalité aujourd'hui. Ils ont fait observer qu'il faudrait éviter d'autoriser un basculement trop rapide vers le régime général et assurer ainsi une continuité juridique à ce mode de distribution des véhicules tant que le multimarquisme ne se serait pas suffisamment développé. D'autres ont fait valoir que le caractère limité du multimarquisme au sein des points de vente était avant tout lié aux préférences des consommateurs et qu'il n'y avait pas de raison, compte tenu de l'intensité de la concurrence intermarques relevée par la Commission dans le domaine automobile, de ne pas traiter ce secteur comme les autres. Ces derniers ajoutent que dans de nombreux cas une exclusivité de marque est proconcurrentielle. Dans le domaine automobile, l'exclusivité de marque liée à une participation de la marque au loyer du distributeur est souvent le seul moyen de maintenir la présence de halls de distribution en centre ville. En outre, le démantèlement des marques auquel on assiste en ce

moment et leur rachat par des constructeurs chinois et indiens va encore renforcer la concurrence intermarques.

e) La durée des obligations de non-concurrence.

La note de bas de page n° 9 du projet de LD⁴ précise que la période de cinq ans pour les clauses de non concurrence est calculée en prenant comme point de départ de référence le début de la relation contractuelle entre les parties, plutôt que le remplacement d'un document contractuel par un autre couvrant le même sujet. Elle indique que, en particulier, le fait qu'une relation contractuelle préexistante cesse d'être soumise au règlement CE n° 1400/2002 et relève plutôt du règlement général d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux, n'autorisera pas le fournisseur à préciser que ses distributeurs existants vendent, réparent ou entretiennent uniquement ces marques pendant une période de cinq ans.

Les représentants des concessionnaires sont en faveur de cette rédaction.

Les membres de l'AFEC considèrent cependant que ces précisions vont au-delà du texte du règlement qui impose de prendre en compte la durée de l'obligation de non-concurrence et non la durée de la relation contractuelle. Si les parties conviennent d'une obligation de non-concurrence à l'occasion de l'application future du règlement restrictions verticales XXX/2010, elle devrait être exemptée, si sa durée est limitée à cinq ans, que les parties aient été ou non précédemment en relations contractuelles.

3. Les services après-vente

Le cumul de règlements et le renvoi de certaines conditions dans les LD rendent les dispositions applicables au secteur, difficilement lisibles. Nous renvoyons ainsi à notre observation liminaire sur l'opportunité de trouver l'ensemble des observations dans un document unique.

L'AFEC souligne en particulier que le seul recours aux LD pour fixer certains points fragilise considérablement la sécurité juridique dont les acteurs économiques ont besoin

Par ailleurs, certains membres de l'AFEC relèvent que la Commission utilise dans le REC les termes de pièces d'origine et de pièces de qualité équivalente (considérants 17 et 18 du REC) qui ne sont pas définis. En outre, le considérant 19 des LD donne une définition des pièces d'origine contraire à la définition prévue par le règlement n°1400/02 et la directive 2007/46/EC du 5 septembre 2007. Afin d'éviter toute ambiguïté, Certains membres de l'AFEC recommandent en conséquence que les définitions des termes « pièces de rechange », « pièces de rechange d'origine » et « pièces de rechange de qualité équivalente » figurant dans le REC 1400/2002 soit utilisés dans les nouveaux textes et que leurs définitions figurant dans ce précédent REC soient insérées dans ceux-ci.

⁴ « La période de cinq ans est calculée en prenant comme point de départ de référence le début de la relation contractuelle entre les parties, plutôt que le remplacement d'un document contractuel par un autre couvrant le même sujet. En particulier le fait qu'une relation contractuelle préexistante cesse d'être soumise au n°1400/2002 et relève plutôt du règlement général d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux Règlement (CE) n'autorisera pas le fournisseur à préciser que ses distributeurs existants vendent, réparent ou entretiennent uniquement ses marques pendant une période de cinq ans. »

a) Application de l'exemption

L'AFEC relève que tout en intégrant, la commercialisation des pièces détachées et les services de réparation et d'entretien dans le règlement général d'exemption, dès le 1^{er} juin 2010, la Commission complète cette exemption par des dispositions spécifiques dont l'application semble toutefois incertaine.

L'AFEC s'interroge sur les conditions de mise en œuvre de l'exemption au marché de l'après-vente dans la mesure où la Commission retient un marché distinct de celui de la vente de véhicules neufs (LD § 11) et précise que le marché de la réparation des véhicules neufs est « *propre à chaque marque* » (LD § 51, dans le même sens § 16). Aussi, selon les observations des LD, la plus part des réseaux de réparateurs agréés vont dépasser le seuil d'exemption de 30 %, ce que la Commission relève elle-même (LD § 35).

L'AFEC déplore alors la méthode qui consiste à adopter un règlement d'exemption qui ne s'appliquera pas aux contrats conclus entre les constructeurs automobiles et leurs réseaux de réparateurs, alors que ces contrats sont ceux que le règlement entendait principalement viser, l'adoption d'un règlement spécifique étant justifiée par la nécessité de prévoir des clauses noires qui visent des comportements potentiels de constructeurs automobiles.

Enfin en pratique, le manque de nuance des LD sur la délimitation des marchés est source d'insécurité juridique : pris au pied de la lettre, le texte des LD amènerait à considérer que les réseaux des constructeurs qui distribuent des pièces sous « *marque générique* » (i.e. une marque différente de celle utilisée pour vendre les véhicules neufs) ne bénéficieraient pas de l'exemption ; de même pour leurs chaînes de réparation rapide ; le texte des LD mériterait d'être plus nuancé.

Le point 51 des lignes directrices pose un problème d'une rare acuité, dès lors que la Commission distingue un marché de l'après-vente propre à chaque marque. Cela signifie-t-il qu'il faille délimiter, d'un côté, un segment de marché qui serait propre à la marque du constructeur, s'agissant de l'après-vente et, d'autre part, un second segment de marché qui serait cette fois-ci propre aux réparateurs bien connus tels que Auto Distribution ou Norauto, qui interviennent in fine sur le même marché défini en terme de services que les constructeurs ?

Il ne nous paraît pas cohérent, sur le plan de l'analyse strictement économique, d'opérer une distinction entre ces deux segments de marché, en retenant comme critère de distinction de ces deux marchés la marque du constructeur sous laquelle intervient le réparateur et ce, d'autant plus que les concessionnaires qui interviennent comme réparateurs agréés, peuvent également intervenir pour d'autres marques de voitures ; il n'y a que constater ce qui figure sur les concessions : « *réparations toutes marques* » ! Donc pourquoi distinguer deux marchés ?

b) L'accès au marché des pièces de rechange

Les dispositions spécifiques figurant à l'article 5 du projet de règlement visent à organiser l'approvisionnement des réparateurs indépendants et à favoriser la commercialisation des pièces détachées hors réseaux de réparateurs agréés.

Certains membres de l'AFEC considèrent qu'il est important d'assurer que le consommateur ait le choix entre différentes solutions et que tous les opérateurs puissent proposer des services de qualité.

D'autres relèvent que cet objectif ressort d'une démarche de régulation et non de concurrence et que la préférence des consommateurs en faveur des réseaux de marque peut résulter d'un choix profondément rationnel.

Enfin, la Commission devra veiller à la parfaite articulation entre les dispositions spécifiques instaurées pour les pièces de rechange et les règles applicables en matière de distribution sélective prévues par le REC général.

c) La question des extensions de garanties payantes

La Commission interdit, même dans le cadre des extensions de garantie payantes semble-t-il (cf. §59 des LD qui visent les garanties étendues), l'obligation faite au client de faire réaliser l'entretien courant dans le réseau.

Certains membres s'interrogent sur cette interdiction dans la mesure où le consommateur est libre de souscrire ou non à une extension de garantie (celle-ci optionnelle) et où il est tout à fait à même d'arbitrer entre les solutions qui lui sont offertes, en fonction notamment de l'âge du véhicule. Selon ces membres, la clause lui permet de bénéficier de tarifs plus bas car pour le fabricant et le réseau le niveau de risque n'est pas le même selon que le véhicule a ou non été entretenu dans le réseau. Ils font remarquer que les assureurs imposent aussi pour les contrats de ce type un entretien dans le réseau de réparateurs qu'ils ont agréé. En conséquence, ces membres estiment que pour ces extensions de garantie payantes, l'obligation faite au client de faire réaliser l'entretien dans le réseau devrait être admise.

D'autres membres relèvent que la Commission ne remet pas en cause le considérant 17 du REC qui dispose que pour les réparations effectuées dans le cadre de la garantie, du service gratuit et des actions de rappel, le constructeur peut contraindre ses distributeurs et ses réparateurs agréés à n'utiliser que des pièces détachées fournies par lui.

Mais, étant donné le développement des contrats d'extension de garantie sur des périodes de plus en plus longues, ils sont favorables à la position de la Commission qui souhaite que le client final puisse faire réaliser l'entretien de son véhicule et les réparations non couvertes par la garantie hors du réseau du constructeur, sans perdre le bénéfice de la garantie.

L'AFEC est à la disposition des services de la Commission pour approfondir ses observations sur le projet de Règlement et de Lignes Directrices.

§ § § §

NB : Les présentes observations ont été établies par le Comité de Direction de l'AFEC sur proposition d'un groupe de travail d'une trentaine de professionnels animé par maître Michel Ponsard et largement représentatif des secteurs concernés (juristes d'entreprises de production et de distribution et représentants d'organisations professionnelles et inter-professionnelles, magistrats, avocats, et en présence d'un représentant de l'Autorité de concurrence). Elles sont le reflet d'un consensus, sans préjuger des observations individuelles des structures ou personnes ayant participé aux travaux de l'Association d'Etude de la Concurrence.