

PATRICE MIHAÏLOV

AVOCAT A LA COUR

6, RUE MEISSONIER 75017 PARIS - TEL 01 56 79 10 00 - FAX 01 56 79 10 01

e mail : cabinet@mihailov.fr

OBSERVATIONS

SUSCITEES PAR LA PROPOSITION DE REVISION DU REGLEMENT D'EXEMPTION AUTOMOBILE EN DATE DU 21 DECEMBRE 2009

Le projet de règlement présenté par la Commission le 21 Décembre 2009 opère une réforme majeure du droit de la distribution automobile, sans doute la plus importante depuis l'adoption du règlement n° 123/85, il y a vingt-cinq ans.

En pratique, elle anéantit en totalité les dispositions qui tendent à préserver l'initiative concurrentielle du distributeur, que la Commission elle-même avait progressivement et difficilement imposés au fil des ans.

La réforme a donc pour objet de permettre aux constructeurs automobiles, de mettre en œuvre des contrats de distribution assujettissant fermement les distributeurs, dans des conditions qui paraissent jusqu'à présent intolérables.

La Commission confesse que cette initiative n'est pas gouvernée par une modification brutale des conditions de la concurrence sur le marché, mais répond au seul souhait de rationaliser les conditions d'exemptions des accords verticaux en intégrant le secteur de l'automobiles au régime général¹.

¹ "(...) la Commission n'a pas trouvé de preuve que les accords entre constructeurs automobiles et concessionnaires devaient continuer à nécessiter un traitement différent de celui réservé aux autres secteurs", IP/09/1984 du 21 Décembre 2009, p. 2.

Un examen plus critique permet de penser que la réforme est avant tout inspirée par la grave crise que traverse la construction automobile en Europe et l'adhésion de la Commission à une politique tendant à optimiser les profits des constructeurs, les protéger de la concurrence asiatique et leur permettre de contrôler la puissance d'achat des distributeurs.

Ces orientations n'entrent pas dans le champ de la politique de la concurrence et ne peuvent pas justifier la réforme entreprise.

Concrètement, le projet de la Commission repose sur un postulat erroné (I) et excède la compétence exercée dans le cadre de l'article 101.3 du Traité (II).

I – LE POSTULAT EST FAUX

La Commission expose dans les considérants de son projet de règlement, qu'il n'y aurait "(...) *aucun dysfonctionnement important concernant la concurrence*"².

Si la concurrence inter-marque est assez vive, la concurrence intra-marque est pratiquement inexistante.

La Commission est habituellement assez tolérante à l'égard de ce type de restriction³, qui se manifeste en pratique de différentes façons.

1) Entre 2007 et 2009, la production automobile européenne a enregistré un recul de 26 %⁴.

Ce recul n'est pas intervenu de manière progressive mais est au contraire survenu de manière brutale, au quatrième trimestre 2008.

Les commentateurs ont été nombreux à en rechercher l'explication dans la baisse du pouvoir d'achat, la crise du secteur bancaire, l'augmentation du prix du pétrole et la mise en place d'une fiscalité pénalisant les véhicules polluants.

² Projet de règlement du 21 Décembre 2009, considérant n° 10.

³ "*Les restrictions verticales qui réduisent la concurrence intermarques sont d'une manière générale plus nocives que celles qui limitent la concurrence intramarque*" : Lignes directrices sur les restrictions verticales, 13 Octobre 2000, JO C 291, p. 25.

⁴ Source ACEA, "*Motor vehicle production in Europe by country*".

Une autre raison, qui explique en particulier la soudaineté du phénomène et son caractère apparemment imprévu, doit être recherchée dans la dépendance du distributeur à l'égard du constructeur.

Concrètement, le distributeur est soumis à des objectifs de vente calculés sur des bases intégrant des facteurs étrangers au potentiel du marché local, des obligations de stock minimum, en volume et en gamme, des obligations d'achat de véhicules de démonstration et de courtoisie, une pression constante à la pré-immatriculation du stock ancien, tandis que sa rémunération est largement conditionnelle et sous la maîtrise du constructeur.

En principe, le règlement n° 1400/2002 conditionne le bénéfice de l'exemption aux contrats générateurs d'une obligation de moyens, lorsque le distributeur n'est pas contraint de réserver au constructeur plus de trente pour cent de son volume d'achats.

En réalité, les dispositifs mis en oeuvre autorisent au constructeur un très large contrôle de son distributeur, au point de pouvoir lui imposer le volume et la nature de ses achats.

L'impunité dont bénéficie cette pratique a favorisé une forme d'isolement des constructeurs à l'égard des réalités du marché, pérennisé le maintien de structures de production excédentaires et retardé les restructurations nécessaires, comme la Commission l'a constaté elle-même⁵.

Contre toute attente, sur le constat des effets catastrophiques de cette politique, la Commission propose aujourd'hui d'élargir encore les prérogatives des constructeurs, pour les autoriser d'emblée à instaurer une obligation d'achat couvrant la totalité des besoins du distributeur.

S'il est évidemment délicat de faire la démonstration des restrictions mises en oeuvre par les constructeurs en dehors du cadre réglementaire, sauf à entrer dans le détail de l'exécution de chaque contrat, il est en revanche très facile de constater la réalité de leur emprise sur la distribution.

En effet, les constructeurs sont à ce point assurés des engagements d'achat de leurs distributeurs, qu'ils peuvent alimenter des réseaux de distribution parallèles,

⁵ *"De manière générale, l'industrie a été durement touchée, principalement parce qu'elle souffrait déjà de surcapacités structurelles"* : Communication de la Commission du 22 Juillet 2009, p. 3.

opérant sous la bannière de négociants, de mandataires, voire de sociétés de location de voitures, auxquels les véhicules sont vendus avec des remises supérieures à celles consenties aux distributeurs agréés.

Ces pratiques se sont développées dans une mesure très importante, faisant aux distributeurs agréés une concurrence véritablement déloyale, sans que ces derniers ne soient en mesure de s'y opposer, ni même d'en profiter comme ils y auraient pourtant intérêt.

A cet égard, il faut relever que par l'effet d'une surprenante discipline, les mandataires se sont interdits de développer aucune activité B to B.

A l'intérieur d'une même marque, la possibilité pour le distributeur de diversifier ses achats pour profiter de conditions de prix plus intéressantes demeure clairement du domaine de la fiction.

2) La neutralisation de la concurrence intra-marque se matérialise de manière plus manifeste encore, dans le cloisonnement du marché.

En l'état actuel, les constructeurs sont parvenus à ériger des barrières pratiquement étanches entre les différents marchés nationaux de l'Union.

La preuve en est rapportée par les écarts de prix qui subsistent entre les différents Etats membres, dont il faut remarquer qu'ils sont systématiquement plus élevés sur le marché domestique du constructeur, ce qui confirme qu'ils répondent pour l'essentiel à une volonté d'optimisation des profits⁶.

<i>En Euros</i>	Prix le plus élevé	Prix le plus bas	Ecart
OPEL Corsa	12.160 (DE)	7.484 (UK)	38,5 %
FORD Fiesta	11.345 (DE)	8.983 (UK)	28,8 %
PEUGEOT 207	12.500 (FR)	8.528 (UK)	31,8 %

Le distributeur qui souhaiterait profiter de prix plus intéressants sur un autre marché, ne pourrait compter sur la prestation de services des mandataires, serait inmanquablement identifié par le constructeur (qui dispose d'un accès

⁶ Car price report, at 1.1.2009.

informatique en temps réel au détail de sa comptabilité !) et s'exposerait finalement à des sanctions financières (par le jeu des primes, qui pénaliserait la marge réalisée sur l'ensemble de ses autres achats).

Dans son rapport d'évaluation, la Commission a précisé qu'elle n'avait pas pu obtenir les informations lui permettant de mesurer précisément l'importance des ventes transfrontalières, les estimant toutefois à moins de 1 %⁷.

Ces restrictions dépassent du reste le seul cadre de l'article 101 du Traité, puisqu'elles portent atteinte à la libre circulation des marchandises, dont le principe est établi par l'article 26.2 du Traité.

Ces pratiques sont anciennes et constituent des dysfonctionnements graves : la Commission ne peut tout simplement pas prétendre qu'ils n'existent pas.

II – LA COMMISSION EXCEDE SES POUVOIRS

La Commission estime que l'expérience acquise depuis 2002 en matière de distribution de véhicules automobiles permet de considérer que des accords passés par des entreprises qui occupent jusqu'à 30 % du marché et qui prévoient une double exclusivité de représentation et d'approvisionnement, une sélection qualitative, une durée déterminée de cinq ans, ainsi que des clauses de localisation et d'*intuitu personae*, remplissent normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du Traité.

C'est objectivement douteux et dans ses précédents règlements, la Commission avait précisément exprimé l'avis inverse.

En l'occurrence, la Commission n'a pas défini ni justifié les gains objectifs d'efficacité que favoriserait l'exemption d'accords de distribution aussi largement restrictifs de la concurrence.

Elle n'a pas davantage identifié le profit qui résulterait pour les consommateurs, de la mise en oeuvre d'accords aussi déséquilibrés.

⁷ Rapport d'évaluation, document de travail n° 2, p. 24.

A cet égard, on peut imaginer que l'augmentation des investissements dans le cadre de réseaux monomarques (comme on l'observe déjà dans le réseau AUDI), la nécessité de continuer à subventionner un outil industriel surcapacitaire, les barrières dressées à l'entrée du marché qui en interdiront l'accès à l'offre asiatique ou indienne, la faveur faite à une augmentation des profits des constructeurs européens, auront un coût.

Ce coût sera supporté par le consommateur, dans une mesure qui ne paraît pas justifiée (quel avantage retirera le consommateur de l'édification de concessions monomarques, répondant au concept architectural défini par chaque constructeur ?).

Enfin, la Commission paraît couvrir des restrictions qui ne sont pas indispensables (1) et sont de nature à permettre d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits (2).

1) La Commission n'a pas précisé les gains d'efficacité à attendre de l'abandon du règlement spécifique, se bornant à des considérations d'ordre général, à peu près vides de sens :

"Les accords verticaux relevant de la catégorie définie ci-dessus peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production et de distribution en facilitant une meilleure coordination entre les entreprises participantes ; ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes"⁸.

Dans ces conditions, il est pratiquement impossible de justifier du caractère indispensable de l'exemption des clauses d'exclusivité d'approvisionnement, d'exclusivité de représentation, de localisation, d'*intuitu personae*, de quota, de durée déterminée non reconductible, etc...

Etant observé que selon les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 (101), paragraphe 3, du Traité⁹, "(...) *chacune des restrictions de concurrence qui découle de l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité*".

⁸ Projet de règlement du 21 Décembre 2009, considérant n° 7.

⁹ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité, JO C 101 du 27 Avril 2004.

S'appuyant sur l'expérience accumulée depuis 1985, le règlement n° 1400/2002 avait identifié un certain nombre de restrictions qui ne paraissaient pas indispensables et à ce titre, qui ne bénéficiaient pas de l'exemption.

Dans son projet de règlement, la Commission se borne à rappeler, que :

"(...) les accords verticaux qui contiennent des restrictions susceptibles de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les effets positifs mentionnés ci-dessus doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie"¹⁰.

Ainsi, la Commission envisage l'adoption d'un règlement d'exemption par catégorie, sans avoir vérifié ni justifié du caractère indispensable des restrictions exemptées.

Cet examen s'impose pourtant, et le règlement n° 19/65 prévoit expressément que :

"Le règlement doit (...) préciser notamment :

a) Les restrictions ou les clauses qui ne peuvent pas figurer dans les accords ;

b) Les clauses qui doivent figurer dans les accords ou les autres conditions qui doivent être remplies"¹¹.

Sauf à ruiner le concept d'exemption par catégorie, le règlement ne peut consister dans un blanc seing délivré aux constructeurs d'automobiles, qui laisserait à la charge des distributeurs la contestation *a posteriori* des accords.

2) Le risque existe que l'exemption des accords de distribution dans les conditions du règlement n° 2790/1999, conduise les constructeurs à résilier les contrats actuels, pour les remplacer par des contrats de distribution sélective et exclusive (exclusivité de représentation et d'approvisionnement) à durée déterminée de cinq ans.

¹⁰ Projet de règlement du 21 Décembre 2009, considérant n° 8.

¹¹ Règlement n° 19/65, du 2 Mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, article 1.2.

De la même manière qu'en 2003 les constructeurs avaient pratiquement tous opté pour des contrats de distribution sélective quantitative, ils ne manqueront évidemment pas de profiter systématiquement du maximum des opportunités offertes par le règlement général.

Etant observé qu'un distributeur qui aura engagé dans le concept architectural de la marque des investissements amortissables sur quinze ans, n'aura pas la possibilité de réorienter son activité au terme du contrat initial de cinq ans.

On peut donc tenir pour une perspective probable, la mise en oeuvre d'accords similaires, dont les restrictions cumulées auront pour effet de verrouiller complètement l'accès au marché.

La Commission pourra être requise d'évaluer cette menace, puisque l'article 6 du règlement n° 2790/1999 (reproduit dans le projet dont l'adoption est envisagée cette année) prévoit la possibilité de retirer le bénéfice de l'exemption :

"(...) lorsque l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs (...) concurrents"¹².

Elle doit l'évaluer dès aujourd'hui, puisque l'exemption par catégorie suppose l'anticipation de ce risque, la Commission précisant elle-même que dans l'estimation d'une élimination de la concurrence :

"(...) il faut aussi prendre en considération les sources de concurrence potentielle. L'évaluation de cette dernière nécessite une analyse des barrières à l'entrée auxquelles se heurtent les entreprises qui ne sont pas encore présentes sur le marché en cause. Les assertions des parties déclarant que les obstacles à l'entrée sur le marché sont minimes doivent être étayées par des informations recensant les sources de concurrence potentielle"¹³.

Sur ce point, dans le cadre des consultations préalables à l'adoption d'un nouveau règlement, la société KIA EUROPE a clairement rappelé que la représentation exclusive constituait une barrière à l'entrée du marché :

¹² Règlement n° 2790/1999, article 6.

¹³ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité, JO C 101 du 27 Avril 2004, point n° 114.

"(...) l'expérience de Kia démontre que le multimarquisme dans un même hall d'exposition a facilité son entrée sur le marché et son développement, spécialement dans les zones faiblement peuplées. (...) Dans ces zones géographiques, le nombre limité de ventes que le distributeur peut attendre de nouveaux entrants sur le marché, est généralement insuffisant pour compenser les coûts élevés d'investissement. (...) il est important pour l'entrée sur le marché et le développement, que les grands opérateurs historiques ne puissent pas interdire à leurs distributeurs la représentation multimarque dans un même hall d'exposition dans ces zones géographiques"¹⁴.

On devine naturellement que les membres du "Groupe de haut niveau" CARS 21 puissent ne pas être enthousiasmés par la perspective de l'entrée sur le marché européen d'un nouveau constructeur qui, à l'image de KIA, proposerait des véhicules attractifs au prix le plus juste, vendus de surcroît avec une garantie de sept ans !

Le verrouillage du marché ne sera d'ailleurs pas exclusivement tourné vers les nouveaux entrants mais affectera les acteurs présents, en figeant artificiellement les positions acquises et en compromettant l'évolution des réseaux, qu'elle réponde à la volonté de croissance de distributeurs ou de constructeurs concurrents.

En conclusion, le projet de la Commission ne paraît pas conforme aux prescriptions légales, qui encadrent son action.

L'impression qui s'en dégage est celle d'une soumission de la politique de concurrence aux orientations de politique industrielle exprimées par la Commission dans sa communication du 25 Février 2009 : "*Réagir face à la crise de l'industrie automobile européenne*"¹⁵.

Cette approche est critiquable dans la forme, en ce qu'elle poursuit de manière déguisée l'objectif de favoriser les constructeurs dans leurs rapports avec les distributeurs, en contravention avec les principes d'ouverture et de transparence édictés par l'article 15 du Traité.

¹⁴ Lettre KIA MOTORS EUROPE du 24 Septembre 2009, mise en ligne sur le site Internet de la Direction Générale Concurrence de la Commission.

¹⁵ Communication du 25 Février 2009, "*Réagir face à la crise de l'industrie automobile européenne*".

Elle est également critiquable sur le fond puisque, faisant droit aux prétentions de la représentation des constructeurs au sein même de la Commission, elle abandonne purement et simplement le contrôle de ce secteur et s'en remet à la sagesse d'acteurs qui ont été incapables d'anticiper la crise qu'ils traversent.

A Paris, le 10 Février 2010