

**OBSERVATIONS SUR LES PROJETS DE REGLEMENT
ET DE LIGNES DIRECTRICES AUTOMOBILES**

En juillet 2009, la Commission avait annoncé qu'elle souhaitait opter pour un cadre réglementaire pour le secteur automobile fondé sur les principes suivants :

- pour les accords de vente de véhicules neufs, prorogation de l'ancien règlement automobile n°1400/2002 pour trois ans, jusqu'au 31 mars 2013, avant de basculer dans le nouveau règlement général applicable aux accords verticaux ;
- pour les accords portant sur les services de réparation et d'entretien et/ou la distribution de pièces de rechange, application des règles générales du nouveau règlement général d'exemption par catégorie restrictions verticales, complétées par des lignes directrices sectorielles, un règlement d'exemption par catégorie ciblé ou une combinaison de ces deux instruments.

Les projets de règlement et de lignes directrices sectoriels qu'elle a publiés sur son site internet le 21 décembre 2009 confirment cette orientation : le texte du projet de règlement automobile (ci-après REC automobile) contient des règles spécifiques au service après-vente, d'application immédiate à l'expiration du règlement n°1400/2002 à la fin mai 2010, texte dont il prévoit la prorogation pour trois ans pour la distribution de véhicules neufs ; les lignes directrices (ci-après LD automobiles) apportent quant à elles des précisions spécifiques au secteur, qui concernent à la fois les conditions d'application des règlements et les orientations retenues par la Commission pour la mise en œuvre de l'article 101 TFUE, lorsque les règlements ne s'appliquent pas.

A l'instar de la dualité de régime pour lequel la Commission a décidé d'opter, nous souhaitons formuler des observations sur les règles proposées en matière de vente de véhicules neufs (I), puis en matière de service après-vente (II), après avoir formulé une remarque générale.

Remarque préliminaire : la nécessaire limitation du REC et des LD automobiles aux questions de concurrence.

Dans sa communication sur le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile, la Commission a rappelé qu'elle souhaitait s'aligner sur l'avis du Conseil, selon lequel « les articles 81 et 82 du traité ont pour objectif de préserver la concurrence sur le marché » et que les dispositions qui visent à titre principal un objectif différent relèvent des droits nationaux des contrats.

Nous partageons cette analyse.

Pourtant, le texte du projet de LD (§7) fait état des codes de bonne conduite adoptés par l'ACEA et la JAMA et indique que la Commission en tiendra compte pour l'interprétation des lignes directrices, et partant, de l'article 101 TFUE.

Les questions traitées par ces textes sont étrangères au droit de la concurrence – ce que la Commission a à juste titre reconnu. Il ne faudrait pas les réintroduire dans un texte qui a pour seule vocation de traiter de l'application des règles de concurrence, ni *a fortiori* en tenir compte pour l'application de l'article 101 TFUE. Le projet de LD indique aussi que le fait pour un constructeur de respecter ces codes devrait permettre de faciliter la preuve que la résiliation n'a pas une cause anticoncurrentielle. Le texte des codes de bonne conduite ne vise pas la question de la motivation des résiliations. Les tenants de la protection des distributeurs pourraient chercher à la faire ressurgir pour obtenir un contrôle du caractère opportun des résiliations, question sans rapport avec le droit de la concurrence et qui tend au contraire à rigidifier les structures de distribution. La Commission ne doit pas se laisser influencer, comme peut le laisser craindre la rédaction du point 7 du projet de LD, d'autant, faut-il le rappeler, que le rapport d'évaluation sur le règlement n°1400/2002 indiquait : « *Il faut, en outre, préciser que l'enquête de la Commission n'a pas permis d'identifier un seul cas dans lequel l'obligation de communiquer les raisons justifiant la décision de résiliation (article 3, paragraphe 4) a permis à un juge ou un arbitre de déterminer que le préavis avait en réalité été donné pour sanctionner un comportement pro concurrentiel* ». En outre, les codes de bonne conduite ne s'imposent qu'aux membres des associations qui en sont signataires. Leur prise en compte via les LD conduirait à en généraliser l'application, ce qui poserait problème au regard du principe de l'effet relatif des contrats.

Le point 7 devrait être supprimé du projet de LD.

I. La vente de véhicules neufs.

A. Régime globalement adapté mais report non justifié

1.- Un retour au droit commun légitime.

La Commission l'a parfaitement démontré au cours de ses travaux d'évaluation du règlement n°1400/2002 : le secteur automobile et plus particulièrement le secteur de la distribution de véhicules neufs est pleinement concurrentiel. Les éléments intervenus entretemps confirment la tendance du secteur à la déconcentration : Volvo Cars va passer sous pavillon chinois ; Jaguar et Land Rover ont été vendus à l'indien Tata : les nouveaux entrants, chinois, indiens, coréens, continuent leur ascension dans le secteur, notamment par le rachat de marques occidentales. Ce phénomène ne fera qu'accentuer une concurrence déjà très vive, accentuée par la période de crise.

Dans ce contexte, le retour au droit commun s'impose, et sans délai. Le marché est la meilleure source de régulation, l'expérience l'a démontré. Il n'est absolument pas justifié d'imposer le maintien pendant trois ans de l'ancien règlement en matière de distribution de véhicules neufs. Le texte des projets de règlement et de LD évoque la nécessité de donner aux opérateurs le temps de s'adapter, au regard notamment des investissements faits. Mais les dispositions relatives au service après-vente entrent elles en vigueur immédiatement, ce qui complexifie le système et l'articulation des dispositions sur une période longue. Et, à l'occasion de l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 qui avait pourtant substantiellement modifié la situation, la période transitoire – applicable aux seuls contrats en cours - a été limitée à un an. Une période de transition de deux ans, applicable aux seuls contrats en cours, constituerait une solution de compromis.

2.- Un retour au droit commun source d'incertitude.

La vente au détail de véhicules automobiles s'effectue dans des conditions particulières si on la compare aux autres produits manufacturés.

Les orientations stratégiques majeures pour la distribution des véhicules de la marque sont élaborées par le fournisseur pour l'ensemble du réseau à un niveau national, avec application de tarifs et de conditions générales de vente identiques pour tous les concessionnaires sur l'ensemble du territoire. Les tarifs conseillés clients sont aussi élaborés au niveau national et sont parfaitement connus et accessibles aux clients. Pour le consommateur, l'achat d'un véhicule n'est pas un acte de la vie courante : avant d'acheter un tel bien, il se renseigne et fait jouer la concurrence et pas seulement au niveau local, en recourant par exemple à des mandataires ; il y a des courants d'échanges entre les zones locales, qui forment ensemble un continuum au moins au niveau national. Un nombre important de distributeurs est affilié à des groupes agissant sur plusieurs zones géographiques réparties sur l'ensemble du territoire national.

Sur l'ensemble d'un territoire national, les conditions de concurrence sont homogènes.

Le projet de règlement d'exemption restrictions verticales subordonne pour l'heure le bénéfice de l'exemption à une double condition de parts de marché. Les parts de marché des distributeurs au stade de détail sont donc prises en compte.

Il faudrait, si le projet de règlement restrictions verticales est maintenu en l'état, que la Commission indique dans ses LD comme elle a pu le faire par ailleurs, que le marché de la vente de véhicules neufs au détail est un marché national, ce que démontrent les éléments rappelés ci-dessus. Cette précision est d'une particulière importance pour la sécurité juridique des entreprises car la pratique des autorités nationales (mais en matière de concentrations) est restreindre le marché dans sa dimension géographique à une zone limitée (souvent une zone de chalandise).

B. Remarques particulières.

1.- Le point de départ de la durée de l'obligation de non-concurrence exemptée.

En note de bas de page n°9, le projet de LD automobiles indique que : « *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 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 ses marques pendant une période de cinq ans.* »

Cette précision n'est pas justifiée. Pour savoir si une obligation de non-concurrence est ou non couverte par le règlement général, c'est la durée de cette obligation de non-concurrence au moment où elle est stipulée qui doit être prise en compte. Peu importe de savoir si les parties étaient ou non déjà en relations contractuelles. Si fournisseur et distributeurs conviennent à l'occasion de l'entrée en vigueur des nouveaux textes d'une obligation de non-concurrence limitée à cinq ans et non renouvelable par tacite reconduction, elle devrait être exemptée d'autant que dans la majorité des cas, ils n'auront pas préalablement convenus d'une obligation de non-concurrence au sens du règlement général.

2.- Intermédiaires.

Le projet de LD (§46) indique que, en matière distribution sélective, tout intermédiaire, c'est-à-dire toute personne agissant *pour le compte* d'un consommateur, doit être autorisé à acheter auprès d'un membre du réseau, dès lors qu'il dispose d'une *demande valable*.

Dans le domaine automobile, cette possibilité était traditionnellement réservée aux mandataires.

La raison en est un simple : seul le mandataire est, en droit des obligations, totalement transparent dans l'acte d'achat/vente ; il agit pour le compte mais aussi *au nom* d'un consommateur ; c'est ce qui justifie qu'il soit assimilé au client qui le mandate.

Tout autre intermédiaire, et notamment celui qui se limite à acquérir des véhicules pour le compte des consommateurs, et donc les achète *en son nom*, est bel et bien un *revendeur*, et qui plus est un revendeur hors réseau.

Sur le plan des principes, il n'est donc pas admissible d'autoriser la vente à de tels intermédiaires : l'interdiction des reventes hors réseau est un principe fondateur en matière de distribution sélective, justifiée au regard du risque de free-riding et qui, en matière de distribution sélective qualitative, ne tombe de ce fait pas même sous le coup de l'article 101 TFUE.

En pratique, si cette solution était admise, il ne pourrait plus y avoir de contrôle de l'étanchéité du réseau : l'intermédiaire disposant d'une facture en son nom et propriétaire du véhicule pourrait le revendre, sans aucune garantie quant à une demande préalable d'un consommateur identifié et aucun contrôle quant aux conditions de revente du véhicule à ce consommateur.

Cette précision devrait être supprimée des LD et celles-ci confirmer que seul un intermédiaire mandaté par un consommateur pour agir pour le compte **et au nom** du consommateur, par écrit précisant *a minima* son identité et son adresse, peut s'approvisionner auprès des membres du réseau. Les textes français et allemand du règlement n°1400/2002 exigeaient d'ailleurs expressément que l'agent agisse *au nom du consommateur*¹ - ce qui excluait l'intervention d'un commissionnaire, agissant seulement *pour son compte*. Adopter une autre solution constituerait un recul injustifié par rapport à la situation prévalant sous l'empire du règlement n°1400/2002 (dont la brochure explicative permettait d'exiger la remise d'un mandat).

3.- Distribution sélective quantitative.

Notre cabinet est intervenu à plusieurs reprises pour défendre des constructeurs auxquels étaient reprochés des refus d'agrément. Un des arguments qui leur a été opposé était que le critère quantitatif qu'ils avaient retenu n'était ni justifié, ni objectif, ni uniforme. Ainsi, pour les partisans de cette thèse, les critères quantitatifs devaient satisfaire à la définition des critères purement qualitatifs. La Commission est intervenue en tant qu'*amicus curiae* devant le juge national français pour prendre position sur cette question. L'impératif de sécurité juridique militerait pour que les LD rappellent que l'exemption s'applique à la distribution sélective qu'elle soit qualitative et quantitative à la seule condition que les critères soient définis.

II. Le service après-vente.

1.- Les projets de règlement et de LD automobiles soumettent le service après-vente à un régime particulier et distinct de celui de la distribution de véhicules neufs. Il devrait entrer en vigueur dès le 1^{er} juin 2010.

¹ Considérant 14, en français, « *Le droit de tout distributeur de vendre des véhicules automobiles neufs passivement ou, le cas échéant, activement aux utilisateurs finals doit comprendre le droit de vendre ces véhicules aux utilisateurs finals qui ont autorisé un intermédiaire ou un agent à acheter, à transporter ou à stocker un véhicule automobile neuf ou à en prendre livraison **en leur nom**.* » (l'emploi du pluriel – « leur nom » - montre que ce sont bien les consommateurs qui sont visés, et non l'agent (visé au singulier)) ; en allemand : „*Das Recht des Händlers auf den passiven und gegebenenfalls aktiven Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen an Endverbraucher sollte das Recht einschließen, solche Fahrzeuge an Endverbraucher zu verkaufen, die einen Vermittler zum Kauf, zur Entgegennahme, zur Beförderung oder zur Verwahrung eines neuen Kraftfahrzeugs in **ihrem Namen** bevollmächtigt haben*“. Le texte anglais indique: „The right of any distributor to sell new motor vehicles passively or, where relevant, actively to end users should include the right to sell such vehicles to end users who have given authorisation to an intermediary or purchasing agent to purchase, take delivery of, transport or store a new motor vehicle on their behalf.” L'expression “on behalf” est moins précise du point de vue juridique au regard du droit des obligations et ne devrait pas être utilisée compte tenu de cette possible ambiguïté.

L'analyse qui aboutit à ce résultat peut se résumer comme suit :

- les marchés de la vente de véhicules neufs et du service après-vente seraient distincts,
- il existerait des « problèmes particuliers » de concurrence sur les marchés de l'après-vente automobile (§14 des LD),
- ce qui justifierait l'adoption d'un règlement d'exemption spécifique (§17 des LD).

Pourtant, la Commission considère dans le même temps qu'il existerait un marché de l'après-vente propre à chaque marque automobile (cf. notamment §11, 16, 51 des LD) et que, dès lors, les accords conclus dans ce secteur ne bénéficieraient pour l'essentiel pas de l'exemption (§35 des LD).

Ceci suscite plusieurs interrogations.

2.- Sur le plan de la méthode, il paraît paradoxal d'adopter un règlement d'exemption spécifique dont son auteur considère qu'il ne sera jamais applicable.

Et tout aussi paradoxal de n'adopter ce règlement que pour prévoir des clauses noires qui (i) visent uniquement des comportements de constructeurs automobiles², dont la Commission considère pourtant qu'ils ne peuvent invoquer le bénéfice de l'exemption, et (ii) visent pour au moins les deux dernières à prévoir le retrait de l'exemption aux contrats passés par les réparateurs agréés pour des accords (fussent-ils anticoncurrentiels) passés entre le constructeur et un tiers.

3.- Sur le plan de l'analyse, on peut s'interroger sur le bien-fondé des postulats qui ont guidé les auteurs des textes.

Le marché de la vente de véhicules neufs serait séparé du marché du service après-vente ?
En matière de poids lourds par exemple, il est douteux qu'il existe un marché séparé de l'après-vente, les clients transporteurs semblant faire leurs choix en fonction d'un coût au kilomètre.

Il existerait un marché de la réparation propre à chaque marque ? La marque du véhicule sur lequel intervient le réparateur est-elle vraiment un critère pertinent pour définir un marché ? Les réparateurs agréés d'une marque automobile peuvent intervenir pour d'autres marques de voitures et proposent des réparations toutes marques.

Le manque de nuance du projet de LD sur la définition des marchés est source d'insécurité juridique.

² D'un point de vue formel, la première de ces clauses noires viserait les restrictions imposées aux réparateurs agréés de tous les fournisseurs. Mais, lue en combinaison avec le 16^{ème} considérant du projet de règlement, on voit que son application est réservée aux restrictions imposées aux réparateurs agréés d'un constructeur automobile, ce qui est loin d'être normal si l'on considère que le commerce des pièces doit être ouvert.

Il existerait des « problèmes de concurrence » en matière de service après-vente ? Le postulat sur lequel se fonde l'affirmation est qu'il faudrait favoriser les réparateurs hors réseau au détriment des réseaux de marques qui offriraient un service considéré comme trop cher. Ce postulat ne se fonde cependant pas sur des dysfonctionnements ou pratiques anticoncurrentielles constatées par la Commission ; il relève du jugement de valeur. La réalité, constatée par la Commission (cf. §51 des LD), c'est que les consommateurs préfèrent naturellement s'adresser pendant les premières années de vie de leur véhicule à des prestataires assurant un service de haute qualité, et par la suite, à des prestataires assurant un service davantage *low cost*. Il paraît inefficace d'intervenir pour réguler un comportement profondément rationnel.

4.- Sur le plan pratique, les conséquences du postulat retenu peuvent paraître excessives.

Ainsi, le point 59 des LD sur la « *garantie légale et étendue* » et l'obligation pour en bénéficier de faire entretenir le véhicule dans le réseau.

Par définition, la garantie légale due au consommateur ne peut pas être conditionnée d'une quelconque façon. Par contre, il existe deux types de garantie d'origine contractuelle : la garantie contractuelle *stricto sensu*, offerte à tout acquéreur de véhicule, d'un côté, et les extensions de garantie qui sont payantes et offertes sur le marché en concurrence avec d'autres offres du même type conçues très souvent par des sociétés d'assurance, de l'autre.

L'équilibre économique des extensions de garantie repose sur les prestations effectuées par les membres du réseau concerné et la maîtrise du risque. Si ces prestations étaient proposées quel que soit l'endroit où le véhicule est entretenu, elles le seraient à des tarifs plus onéreux car le niveau de risque n'est pas le même selon que l'entretien est réalisé dans le réseau, dans le respect des normes du constructeur et avec le matériel proposé par lui, ou hors réseau.

L'opposition à l'obligation d'entretien et de réparation au sein du réseau dans le cadre des extensions de garantie payantes souscrites *au choix du consommateur* apparaît dénuée de fondement en droit de la concurrence et la Commission agit comme une autorité sectorielle alors qu'elle avait admis par le passé que les constructeurs puissent demander pour les extensions de garantie l'utilisation de leurs pièces ; de telles obligations sont rationnelles économiquement et devraient leur être à nouveau autorisées.