

MEMORANDUM

A : Comp-car-sector@ec.europa.eu

De : Vogel & Vogel

Réf. : Observations du cabinet Vogel & Vogel sur le projet de règlement de la Commission visant à prolonger le règlement (UE) n°461/2010 et sur le projet de communication introduisant des mises à jour ciblées dans les lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles

Date : 29 septembre 2022

Le cabinet Vogel & Vogel souhaite formuler des observations sur le projet de règlement de la Commission visant à prolonger le règlement (UE) n°461/2010 (règlement d'exemption par catégorie applicable au secteur automobile) et sur le projet de communication introduisant des mises à jour ciblées dans les lignes directrices supplémentaires applicables au secteur automobile afin de souligner les aspects positifs découlant des modifications proposées (I) et d'alerter la Commission sur l'obsolescence de certaines dispositions maintenues dans les projets faisant l'objet de la présente consultation publique (II). Enfin, le cabinet Vogel & Vogel souhaiterait que la Commission puisse se prononcer sur la contrariété avec la primauté du droit européen de la concurrence de l'interprétation contestable de la loi dite « Lurel » appliquée aux contrats de distribution automobile applicables dans les départements français d'Outre-Mer basés sur une sélection qualitative et quantitative (III).

I. LES ASPECTS POSITIFS DECOULANT DU PROJET DE REGLEMENT ET DU PROJET DE COMMUNICATION

A. La volonté de la Commission de proroger le mini-règlement automobile et ses Lignes directrices spécifiques au secteur automobile

Même si le règlement (UE) n°461/2010 a peu d'effet utile en termes d'exemption par catégorie puisque la Commission considère traditionnellement que la part de marché en matière de pièces de rechange et d'après-vente doit s'apprécier marque par marque et que chaque marque dépasse le seuil

d'exemption de 30%, les textes relatifs aux règles spécifiques applicables au secteur automobile apportent néanmoins une sécurité juridique aux opérateurs qui disposent de documents écrits leur donnant des indications précises sur l'interprétation de la Commission quant à l'application du droit de la concurrence au secteur automobile.

Le cabinet Vogel & Vogel est donc favorable à la proposition de la Commission de prolonger le règlement (UE) n°461/2010 ainsi que les Lignes directrices supplémentaires applicables au secteur automobile.

B. Le maintien de la tolérance de la distribution sélective qualitative et quantitative jusqu'à 40 % de parts de marché en matière de distribution automobile

La comparaison entre le texte des anciennes Lignes directrices supplémentaires et le projet de communication les mettant à jour comporte un aspect positif important.

Le considérant 56 des Lignes directrices supplémentaires de 2010 prévoyait à juste titre que :

« S'agissant des spécificités de la distribution de véhicules automobiles neufs, la distribution sélective quantitative remplira généralement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité, si la part de marché des parties n'excède pas 40 % ».

Cette tolérance n'est pas remise en cause par le projet de nouvelles Lignes directrices, aucun changement au considérant 56 n'étant signalé.

Cette appréciation liée à l'intensité de la concurrence inter-marques et intra-marque dans le domaine de la distribution de véhicules neufs est tout à fait justifiée. En effet, bien que certains groupes, disposant de portefeuilles de marques étendus, comptabilisent plus de 30 % de parts de marché, il convient de noter que les différentes marques présentes au sein desdits portefeuilles se font concurrence entre elles, de sorte qu'une vive concurrence inter-marques existe, même au sein d'un même groupe.

Le maintien du seuil de parts de marché dérogatoire permet également de corriger, même si c'est de façon marginale, la conception beaucoup trop restrictive de la dimension géographique des marchés, toujours cantonnée aux marchés nationaux alors que les échanges transfrontaliers sont importants et que les marchés sont tous en voie d'eupéanisation.

Le cabinet Vogel & Vogel est donc également favorable au maintien dans le projet de communication de la Commission du seuil dérogatoire de 40 % de parts de marché applicable en matière de distribution sélective qualitative et quantitative.

II. LE MAINTIEN DE CONCEPTIONS DEPASSEES ET L'ANNONCE DE NOUVELLES CONTRAINTES

A. Le maintien d'une conception rigide et déphasée par rapport aux réalités de la définition des marchés

Les projets soumis à consultation n'apportent aucun changement aux conceptions traditionnelles portant sur la définition des marchés alors même que ces conceptions devraient faire l'objet d'une nouvelle analyse.

Il convient tout d'abord de rappeler que le considérant 13 du règlement (UE) n°461/2010 prévoit « *qu'il est possible de définir un marché distinct de l'après-vente* » distinct de la distribution des véhicules neufs et qu'il existe des « *marchés de l'achat et de la vente de pièces de rechange* » et des « *marchés de fourniture de service de réparation et d'entretien* ».

Le point 15 des Lignes directrices supplémentaires de 2010 ne fait pas non plus l'objet d'une proposition de reformulation. Il dispose de façon péremptoire qu' :

« [E]n raison du caractère généralement propre à chaque marque des marchés de services de réparation et d'entretien et des marchés de distribution de pièces de rechange, la concurrence sur ces marchés est par nature moins intense que celle qui existe sur le marché de la vente de véhicules automobiles neufs ».

Le point 57 des Lignes directrices supplémentaires de 2010 considère que « *dans la mesure où il existe un marché pour les services de réparation et d'entretien qui est distinct de celui de la vente de véhicules automobiles neufs, il est considéré comme propre à chaque marque* ». Ce point très controversé ne fait pas non plus l'objet de la moindre reformulation dans le projet de modification des Lignes directrices.

Or, les autorités de concurrence s'appuient sur ces visions restreintes des marchés pour considérer que les réseaux d'après-vente des constructeurs contrôlent en moyenne 50 % du marché de l'après-vente et ne peuvent dès lors bénéficier de l'exemption par catégorie¹. La seule concession à la réalité se limite à des notes de bas de page des anciennes Lignes directrices supplémentaires admettant qu'il est possible dans certains cas de définir un marché de systèmes qui englobe les véhicules automobiles et les pièces de rechange lorsque la décision d'achat prend en compte le coût global du véhicule, de

¹ Autorité de la Concurrence, avis n°12-A-21 du 8 octobre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange.

l'entretien et des réparations, mais exclut son application aux véhicules particuliers et semble donc la réserver aux véhicules industriels sans d'ailleurs l'admettre de façon claire².

Ces conceptions traditionnelles étaient déjà discutables en 2010, elles sont aujourd'hui complètement dépassées. Du fait de la concurrence des réparateurs indépendants, des MRA, des franchises de réparation rapide et des multiples réseaux de réparation sous enseigne, **le marché de l'après-vente automobile est pleinement concurrentiel**. En effet, tous ces opérateurs ainsi que tous les membres des réseaux de marque sont en mesure aujourd'hui d'assurer l'après-vente de toutes les marques automobiles et ce d'autant plus que la vente des pièces aux réparateurs est libre et ne peut être entravée et que tout opérateur indépendant a accès aux informations techniques. Le taux de rétention des réseaux de marque est aujourd'hui inférieur à 50% en moyenne et pour certaines marques à peine supérieur à 30%. Les réseaux de réparation devraient dès lors bénéficier de l'exemption par catégorie y compris en cas de sélection quantitative, la tolérance de 40% applicable pour la distribution de véhicules neufs devant être logiquement étendue mutatis mutandis à l'après-vente automobile.

Par conséquent, le cabinet Vogel & Vogel recommande fortement à la Commission de procéder à une nouvelle analyse de la définition des marchés en matière d'après-vente et de distribution de pièces de rechange.

B. Une position obsolète de l'accès aux réseaux de réparateurs par rapport aux réalités de marché et à l'évolution de la jurisprudence

Le point 70 des anciennes Lignes directrices supplémentaires sur l'accès aux réseaux de réparateurs agréés demeure inchangé. Elles indiquaient que la Commission juge important que l'accès aux réseaux de réparateurs agréés reste généralement ouvert à toutes les sociétés qui répondent aux critères de qualité définis. En d'autres termes, elles militaient pour une obligation d'agrément de tous les candidats à l'entrée dans un réseau de réparation remplissant les critères d'agrément. Là encore, aucune modification de ce point n'est annoncée. Or il ne correspond ni à la réalité du marché et aux besoins des professionnels, ni au droit positif en matière de refus d'agrément tel qu'il résulte de la jurisprudence de plusieurs Etats membres.

De telles conceptions sont d'abord de nature à encourager des situations anormales. En pratique, d'anciens membres de réseaux de réparation dont le contrat a été résilié avec un préavis de deux ans parce qu'ils ne donnaient pas satisfaction sans qu'il puisse néanmoins leur être reproché une faute grave essaient de profiter de telles affirmations pour redemander leur agrément à la fin du préavis

² Cf. note de bas de page n°1 des anciennes Lignes directrices supplémentaires, p. 9.

et bénéficier ainsi d'un renouvellement permanent de leur contrat, une sorte de contrat perpétuel bien que les relations avec la marque soient très dégradées et qu'un contrat forcé n'a jamais encouragé une coopération efficiente.

Outre le fait de permettre l'instrumentalisation du droit de la concurrence en vue d'obtenir une poursuite perpétuelle de relations dégradées, **le point 70 des anciennes Lignes directrices supplémentaires est en déphasage complet avec la réalité de la concurrence sur le terrain de l'après-vente**. La concurrence sur le marché de l'après-vente est extrêmement vive. Il n'existe aucune position dominante des réparateurs agréés sur le service après-vente de leur marque car ils sont pleinement concurrencés par une multitude d'acteurs qui ne cessent de gagner du terrain chaque année (*cf. para. II, A, supra*). Le fait qu'il existe un réparateur agréé de plus ou de moins dans une zone de chalandise ne change rien au jeu de la concurrence.

Surtout la position exprimée au point 70 des anciennes Lignes directrices supplémentaires ne correspond pas du tout à la position de la jurisprudence de plusieurs Etats membres de l'Union :

- Tout d'abord, il convient de souligner que la jurisprudence allemande considère depuis longtemps que les candidatures de réparateurs à l'entrée dans un réseau doivent être appréciées non pas sur le marché aval de l'entretien des véhicules envers les clients finals mais au niveau du marché amont de l'offre et de la demande de contrats de réparation qui est multimarques et sur lequel aucune marque ne détient de parts de marché importantes³.
- De plus, la position de la Commission ne correspond pas non plus à la jurisprudence française actuelle. Il importe d'abord de savoir si un refus d'agrément constitue un accord ou un acte unilatéral. Dans de nombreux cas⁴, la jurisprudence française a reconnu que la décision de refus d'agrément devait être qualifiée d'acte unilatéral. Même si ce refus est concerté avec un membre du réseau ou est considéré à tort ou à raison comme caractérisant un accord explicite ou implicite avec le réseau, dans la quasi-totalité des cas, les refus d'agrément d'anciens réparateurs agréés qui repostulent pour continuer à faire partie du réseau sont jugés conformes au droit des contrats et au droit de la concurrence⁵. Une pratique de refus d'agrément opposée à un ancien membre du réseau faisant valoir qu'il satisfait toujours aux critères d'agrément ne saurait donc être considérée comme anticoncurrentielle *per se* contrairement à ce que laissent entendre les anciennes Lignes directrices supplémentaires (point 70) mais uniquement si celle-

³ BGH, 30 mars 2011, KZR 6/09 ; BGH, 26 janv. 2016, KZR 41/14.

⁴ V. notamment CA Paris, 19 juin 2016, RG n°14/07956 ; 27 novembre 2019, RG n°18/06901.

⁵ V. en dernier lieu : Cass. Com., 16 février 2022, n°20-11.754, 21-10.451 et 20-18.615.

ci présente un objet ou un effet anticoncurrentiel, ce qui doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas.

Pour les raisons évoquées ci-avant, le cabinet Vogel & Vogel invite donc la Commission à modifier le point 70 des anciennes Lignes directrices supplémentaires.

C. De nouvelles contraintes en termes de fourniture de données générées par les véhicules

L'apport majeur des nouveaux textes est de prévoir que les données générées par les véhicules peuvent constituer un intrant essentiel pour les services de réparation et d'entretien et de proposer en conséquence d'étendre les principes existants à la fourniture d'informations techniques, d'outils et de formations nécessaires en vue de la prestation de services de réparation et d'entretien, de manière à couvrir explicitement les données générées par les véhicules.

Constitue dès lors une restriction de concurrence faisant tomber la distribution qualitative dans le champ de l'article 101, paragraphe 1, TFUE l'abstention d'une partie à un accord de fournir aux opérateurs indépendants un intrant essentiel tel que notamment des données générées par les véhicules, étant précisé que la notion d'opérateurs indépendants regroupe les réparateurs indépendants, les fabricants et les distributeurs de pièces de rechange, les fabricants d'équipements ou d'outils de réparation, les éditeurs d'informations techniques, les clubs automobiles, les entreprises d'assistance routière, les opérateurs offrant des services d'inspection et d'essai et les opérateurs assurant la formation des réparateurs (cf. point 62 du projet révisé de Lignes directrices supplémentaires).

Selon la même logique, il est proposé dans un nouveau point 67 bis du projet de Lignes directrices supplémentaires révisées que les modalités classiques de mise à disposition des informations techniques énoncées au point 67 des Lignes directrices supplémentaires de 2010 (sur demande, sans retard injustifié, sous une forme utilisable, sans que le prix demandé ne décourage l'accès à celles-ci en ne tenant pas compte de l'usage qu'en fait l'opérateur indépendant, etc.) s'appliquent aux données générées par les véhicules.

Il conviendra de définir très précisément la notion de données générées par les véhicules et de la limiter aux seules données absolument indispensables à l'activité des opérateurs indépendants.

III. LA CONTRARIETE AVEC LA PRIMAUTE DU DROIT EUROPEEN DE LA CONCURRENCE DE L'INTERPRETATION DE LA LOI DITE « LUREL » APPLIQUEE AUX CONTRATS DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE APPLICABLES DANS LES DEPARTEMENTS D'OUTRE-MER BASES SUR UNE SELECTION QUALITATIVE ET QUANTITATIVE

En dernier lieu, le cabinet Vogel & Vogel souhaiterait que la Commission puisse se prononcer sur la compatibilité des contrats de distribution sélective qualitative et quantitative notamment automobiles autorisant les ventes actives et passives dans les départements français d'Outre-Mer (ci-après « DOM ») et à partir des DOM avec le droit européen de la concurrence.

En effet, dans certaines décisions, il a pu être considéré que la conclusion d'un contrat de distribution sélective qualitative et quantitative avec un seul distributeur agréé, situé dans un DOM et bénéficiant de l'exemption par catégorie prévue par l'ancien règlement (UE) n°330/2010 constituait une violation de l'interdiction des accords exclusifs d'importation prévue à l'article L. 420-2-1 du code de commerce et introduite par la loi dite « Lurel »⁶, et devait en conséquence être interdit.

Or, cette conception est erronée à plusieurs égards :

- Premièrement, il convient de rappeler que le droit de la concurrence de l'Union est pleinement applicable aux DOM conformément aux articles 355 et 349 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à moins qu'une mesure en sens contraire soit édictée par le Conseil de l'Union européenne, et que dans la plupart des cas les contrats de distribution pour les DOM sont considérés comme affectant de façon sensible les échanges entre Etats membres.
- Deuxièmement, il ressort de l'article 3, para. 2 du règlement (CE) 1/2003⁷ que :
« [l]’application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l’interdiction d’accords, de décisions d’associations d’entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d’affecter le commerce entre Etats membres, mais qui n’ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l’article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l’article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l’application de l’article 81, paragraphe 3, du traité » (caractères gras ajoutés).

Dès lors, l'application de la loi dite « Lurel », relevant du droit français de la concurrence eu égard (i) au fait que son application soit contrôlée par l'Autorité de la concurrence française et

⁶ Loi n°2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

⁷ Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

(ii) à sa codification à l'article L. 420-2-1 dans le titre II intitulé « *Des pratiques anticoncurrentielles* » du code de commerce français, ne saurait aboutir à la remise en cause d'un contrat de distribution bénéficiant de l'exemption par catégorie prévue par l'ancien règlement (UE) n°330/2010 (remplacé depuis par le règlement (UE) n°720/2022).

- **Troisièmement, un contrat de distribution sélective, reposant sur un principe de liberté de vente active et passive ne saurait être assimilé à un contrat d'importation ou de distribution exclusive** par lequel un fournisseur accorde l'exclusivité de distribution de ses produits sur un territoire donné avec une protection contre les ventes actives des autres territoires exclusifs.

Aussi, si la mise en œuvre de critères quantitatifs, pouvant être appliqués en matière de distribution automobile et dont l'application est exemptée de plein droit par le droit européen de la concurrence en dessous de 30 % de parts de marché, peut conduire à une limitation du nombre d'opérateurs agréés, cette situation ne doit pas être confondue avec une limitation du nombre de distributeurs sur le fondement de clauses d'exclusivité de territoire avec interdiction des ventes actives.

Pour l'ensemble de ces raisons, le cabinet Vogel & Vogel souhaiterait que la Commission puisse rappeler la primauté du droit européen de la concurrence sur les règles nationales de concurrence afin de mettre un terme aux dérives de certaines juridictions nationales.