



**COMMENTAIRES SUSCITES PAR LE
PROJET DE REGLEMENT D'EXEMPTION
ET DE LIGNES DIRECTRICES
DU 9 JUILLET 2021**



Introduction.....	4
I - L'ETAT DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE.....	5
1) L'exemption a protégé un modèle déficient.....	5
2) Le Marché intérieur est cloisonné.....	10
3) Le règlement d'exemption est devenu une garantie d'impunité.....	12
II - LE PROJET DES CONSTRUCTEURS.....	17
1) La vente directe par le constructeur.....	17
a) La cession de leur clientèle par les distributeurs et réparateurs.....	18
b) L'orientation des prospects.....	19
c) La vente directe.....	20
2) L'appropriation des métiers de la distribution.....	21
a) Les véhicules d'occasion.....	21
b) Les services financiers.....	24
c) Le service après-vente.....	25
3) La constitution d'un écosystème.....	28
4) Les problèmes.....	29
a) Le passage d'un rapport vertical à un rapport horizontal.....	29
b) L'appropriation du bien d'autrui.....	30
c) L'instauration d'une obligation d'exclusivité.....	31
d) L'érection de nouvelles barrières à l'entrée.....	31
e) La fixation d'un prix unique.....	32
f) La contrariété avec les exigences du RGPD.....	33
g) L'éviction pure et simple des principaux acteurs du marché.....	34
III - LE PROJET DE LA COMMISSION.....	35
1) La condition des gains d'efficience.....	36
2) L'accès à Internet.....	38
a) Le constructeur peut interdire au distributeur de vendre sur une plateforme tierce.....	38
b) Le constructeur ne peut pas interdire au distributeur de vendre sur Internet.....	40
c) Le danger des prix différenciés.....	43
3) Les ventes directes.....	45
4) Les intermédiaires.....	47
a) Le mandataire ne doit supporter aucun des risques qui caractérisent l'acte de commerce.....	48
b) Le coût de la distribution est pris en charge par le constructeur.....	50
c) Le commerçant indépendant doit épouser librement le statut de mandataire.....	52
d) Le risque d'une validation anticipée du changement de modèle.....	53
5) La distribution sélective.....	54
6) Le retrait de l'exemption.....	60

Le Groupement Européen d'Agents de l'Automobile (CEGAA) réunit différents groupements nationaux d'agents et de réparateurs.

		
<p>Groupement des Agents Renault</p>	<p>Groupement des Agents Automobiles Peugeot</p>	<p>Groupement des Agents Peugeot Espagnols</p>
		
<p>Groupement des Agents VW, Skoda, Audi Espagnols</p>	<p>Fédération Nationale des Agents Renault Espagnols</p>	<p>Association Nationale des Services Officiels Citroën Espagnols</p>
		
<p>Association Nationale des Revendeurs Nissan Espagnols</p>	<p>Association Nationale des Réparateurs et Agents Opel Espagnols</p>	<p>Association Nationale des agents SEAT Espagnols</p>
		
<p>Association Nationale de la Branche Automobile Portugaise</p>	<p>Association Espagnole des agents BMW et Mini</p>	<p>Association Espagnole des concessionnaires Piaggio</p>
		
<p>Association Nationale des Concessionnaires Isuzu</p>	<p>Association Espagnole des réparateurs multimarques</p>	<p>Groupement des Agents Renault Service Acheteurs Revendeurs</p>

Pour la vente, l'agent est un élément du réseau secondaire des constructeurs, le réseau primaire étant formé par les distributeurs.

L'agent assure le maillage local du réseau du constructeur, dans toutes les zones où ce dernier n'a pas installé de distributeur.

L'agent est contractuellement lié à un distributeur par un contrat de mandat : il conclut les ventes au nom et pour le compte du distributeur.

En principe, son indépendance n'est pas remise en cause par ce mandat, dès lors que le contrat d'apporteur d'affaire est conçu comme l'accessoire d'une activité principale, qui peut être multimarques.

Pour l'après-vente (entretien/réparation, pièces de rechange, services, mobilité), l'agent est titulaire d'un contrat de réparateur agréé, conclu avec le constructeur, sur le même modèle que celui auquel souscrivent les distributeurs.

Dans ce cadre complexe, l'agent est soumis à des contraintes comparables à celles qui pèsent sur le distributeur, adaptées à des volumes moindres, s'agissant de l'obligation de respecter les critères de sélection et d'appliquer strictement les normes et méthodes définies par le concédant.

Les agents sont concernés par le règlement d'exemption des restrictions verticales, pour au moins trois raisons essentielles :

- leur sort est étroitement lié à celui des distributeurs, à l'action desquels ils contribuent ;
- leur contrat de réparateur entre dans le champ du règlement d'exemption ;
- le changement envisagé par les constructeurs dans la distribution de leurs produits et services, consiste précisément à la généralisation du modèle réservé jusqu'ici aux agents (mandat pour la vente + contrat de réparateur), selon les modalités définies dans les lignes directrices.

La Commission a divulgué un projet de règlement d'exemption des accords verticaux et de lignes directrices le 9 Juillet 2021, qui ont vocation à remplacer le règlement UE n° 330/2010 du 20 Avril 2010 et les lignes directrices du 10 Mai 2010.

La Commission a invité les personnes intéressées à lui adresser leurs commentaires pour le 17 Septembre 2021.

Dans ce cadre, la présente note évoquera l'état de la distribution automobile (I), le projet des constructeurs (II) et à la lumière de ces éléments, le projet de la Commission (III).

I - L'ETAT DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE

1) L'exemption a protégé un modèle déficient

a) La distribution automobile n'a pas fondamentalement changé depuis au moins quarante ans.

Le règlement CE n° 1400/2002 faisant peser la menace d'une ouverture de la distribution à des modèles alternatifs, les constructeurs ont pratiquement tous opté pour un schéma de distribution sélective en 2003, appuyé sur des critères de sélection très élevés.

Ces critères de sélection sont habituellement définis en annexe au contrat de distribution et détaillés dans des circulaires, pour former un ensemble qui représente couramment plusieurs centaines de pages (signalétique, apparence extérieure, apparence intérieure, carrelage, éclairage, mobilier, équipements, personnel, organisation, stocks...).

La définition de ces critères de sélection présente deux caractéristiques qui doivent retenir notre attention : elle tend à la mise en œuvre d'une exclusivité de représentation et elle ne revêt aucun caractère indispensable.

Les contrats de distribution sont généralement établis sur le modèle de contrats multimarques, qui autorisent en principe les distributeurs à la représentation de marques concurrentes.

En pratique, le plus souvent, les critères de sélection concernent la totalité des structures mises en œuvre par le distributeur, y compris parfois dans leur conception architecturale, dans une mesure qui mobilise l'intégralité de ses ressources et qui exclut la possibilité de représenter d'autres marques.



L'agent obéit de la même façon aux critères de sélection définis par le constructeur, dans une mesure ajustée à un potentiel commercial moindre.



Cette représentation *de facto* exclusive autorise les constructeurs à développer une image de marque, qui leur permet de distinguer des produits dont les qualités intrinsèques sont en réalité très proches, parfois similaires (plateformes, motorisations communes, etc...).

Dans cette perspective, la surenchère à laquelle se livrent les constructeurs ne connaît pas de limite et les critères de sélection sont constamment renouvelés et augmentés.

L'article 101 (3) du Traité exclut d'autoriser les restrictions "*qui ne sont pas indispensables*" à "*améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique*".

En réalité cependant, la question de la légitimité des critères de sélection n'est jamais posée.

Le règlement UE n° 330/2010 précise à cet égard, que :

"Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à 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 à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes"*¹.

Au moins pour ce qui regarde la vente des véhicules neufs, les gains d'efficience attendus des structures exigées par les constructeurs sont discutables, d'autant que les ventes réalisées par ce canal représentent moins de la moitié des immatriculations et que le parcours de vente est aujourd'hui largement digitalisé.

Il faut ajouter que, si les constructeurs admettent la nécessité d'adapter leur production aux exigences du changement climatique, cette contrainte ne paraît pas affecter les structures de la distribution, qui continuent d'être requises sans aucun égard pour leur incidence environnementale.

b) Ces pratiques ont un impact sur la concurrence, que la Commission avait identifié dans ses lignes directrices de 2010 :

*"Du point de vue de la concurrence, le monomarquisme risque de fermer l'accès du marché pour des fournisseurs concurrents ou potentiels, d'atténuer la concurrence, de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative et, lorsque l'acheteur est un détaillant vendant aux consommateurs finals, d'affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente. De tels effets restrictifs ont une incidence directe sur la concurrence intermarques"*².

L'effet cumulatif de contrats faisant peser des contraintes similaires aggrave naturellement la restriction apportée au libre jeu de la concurrence, en favorisant l'érection de barrières à l'entrée du marché³ et en compromettant le développement de modèles commerciaux alternatifs, moins coûteux :

"La distribution sélective permet donc tout particulièrement d'éviter les pressions exercées par les magasins discount (qu'ils soient des distributeurs hors ligne ou des distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet) sur les marges du fabricant et sur celles des revendeurs agréés. L'éviction de tels modes de distribution, qu'elle résulte d'une application cumulative de la distribution sélective ou de son application par un seul fournisseur détenant une part de marché supérieure à 30 %, réduit les possibilités pour les consommateurs de bénéficier des avantages propres à ces modes de distribution, tels que

¹ Règlement UE n° 330/2010 du 20 Avril 2010, considérant n° 6.

² Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 Mai 2010, point n° 130, 2010/C 130/01.

³ A cet égard et dans le cadre des travaux préparatoires à l'adoption du règlement UE n° 461/2010, la société KIA MOTOR EUROPE avait adressé à la Commission une contribution déplorant sans équivoque les conséquences du déploiement d'une distribution *de facto* exclusive : lettre KIA MOTOR EUROPE du 24 Septembre 2009.

*des prix plus bas, une transparence accrue et un accès plus large aux produits*⁴.

De fait, alors même que des modèles de distribution alternatifs existent, qui ont été développés par des négociants et des mandataires depuis plus de vingt ans, les constructeurs sont parvenus à interdire leur mise en œuvre sur le marché.

Là encore, la distribution automobile a constamment échappé à tout examen critique.

c) Aux termes de l'article 101 (3) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'exemption des accords verticaux se conçoit à la condition de réserver "(...) *aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte*".

Le modèle produit par la généralisation d'une distribution sélective, dont les critères ne sont pas contrôlés, a un coût.

Ce coût est avancé par les distributeurs, avec la participation des constructeurs, qui aménagent les conditions d'une rémunération plus ou moins suffisante à leur couverture.

Bien évidemment, *in fine*, ce coût est reporté sur le consommateur, imputé sur le prix public de revente : en définitive, c'est le consommateur qui paie.

Une comparaison entre les prix réservés aux consommateurs français et aux consommateurs américains, permet de constater que le système exempté par la Commission est payé au prix fort.

⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 Mai 2010, point n° 178, 2010/C 130/01.

Prix conseillés "à partir de", en euros		
	France	USA
Volkswagen		
Golf	27.815	19.805
Passat	35.320	20.488
Tiguan Allspace	39.680	21.556
Honda		
HR-V	25.100	18.287
CR-V Hybrid	36.240	26.089
Toyota		
Prius Hybrid	27.950	20.937
Rav4 Hybrid	33.900	24.668
BMW		
M340i	66.850	46.690
X5 xDrive45e	90.050	55.819
Volvo		
XC40 Recharge électr.	56.150	46.060
S60 Recharge Hybride	59.750	40.658
Ford		
Mondeo Hybride	30.600	23.888
Mustang Mach-E	48.990	36.596
Hyundai		
Tucson Hybrid	32.300	24.791
Santa Fe Hybrid	36.900	28.718

Il est également important de relever que la distribution aux Etats-Unis, bénéficiant de critères de sélection moins contraignant, est parvenue à une meilleure efficacité économique (concentration, taille critique, rentabilité), gage d'une concurrence plus forte au bénéfice des consommateurs.

2) Le Marché intérieur est cloisonné

L'article 3 du Traité sur l'Union européenne dispose que *"l'Union établit un marché intérieur"*.

L'article 4.b) du règlement UE n° 330/2010 prévoit que :

"L'exemption (...) ne s'applique pas aux accords verticaux qui (...) ont pour objet (...) de restreindre le territoire sur lequel (...) un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels (...)".

En contravention avec ce principe, les constructeurs et importateurs s'emploient à contrarier la libre circulation de leurs produits sur le Marché

intérieur, qu'ils ont entrepris de cloisonner autant qu'il leur était possible, entravant les importations parallèles et s'exposant ponctuellement à des poursuites et des condamnations⁵.

Ainsi, des écarts de prix persistent, qui permettent aux constructeurs de tirer le meilleur profit des ressources de chaque marché national et représentent plus de 40 %.

Prix conseillés "à partir de" PEUGEOT 2008 Active							
Danemark	28.910	Belgique	21.829	Suède	19.522	Italie	17.900
Pays-Bas	26.660	Finlande	20.835	Pologne	19.092	Hongrie	17.084
Irlande	25.490	Grèce	20.800	Croatie	18.809	Tchéquie	17.074
France	22.700	Espagne	20.700	Slovénie	18.690	Slovaquie	16.990
Allemagne	22.100	Autriche	19.910	Roumanie	18.207	Portugal	16.690

La Commission européenne avait mis sur pieds un dispositif de surveillance des écarts de prix au sein de l'Union ("*Car Price Report*"), qu'elle a renoncé à maintenir en 2011, s'en remettant aux acteurs du marché et tout particulièrement à l'action des intermédiaires.

L'action de ces derniers est contrariée par certains constructeurs, qui semblent imposer à leurs importateurs et distributeurs des quotas d'exportation.

Les ventes croisées entre distributeurs sont - à notre connaissance - inexistantes.

L'approche de la Commission est illustrée par la décision refusant l'instruction d'une plainte déposée contre la société HYUNDAI Motor Europe, qui excluait de sa garantie les véhicules acquis dans un autre Etat membre.

Dans sa Brochure explicative du règlement CE n° 1400/2002, la Commission avait exprimé une position dépourvue d'ambiguïté :

"Question 34 : Pour les travaux et l'entretien sous garantie, le consommateur doit-il rapporter son véhicule au concessionnaire auquel il l'a acheté ?

⁵ CJCE, affaire C-338/00 P du 18 Septembre 2003, Volkswagen c/ Commission ; TPICE, affaire T-325/01 du 15 Septembre 2005, DaimlerChrysler c/ Commission ; CJCE, affaire C-551/03 P du 6 Avril 2006, General Motors c/ Commission ; TPICE, affaire T-450/05 du 9 Juillet 2009, Peugeot c/ Commission.

Non. Pour que le règlement s'applique, le consommateur doit pouvoir amener son véhicule chez n'importe quel réparateur agréé du réseau du fournisseur dans l'UE. Le règlement n'exempte les accords avec les réparateurs agréés que si le fournisseur impose à tous ses réparateurs agréés l'obligation de réparer tous les véhicules de la marque considérée, d'honorer les garanties, d'effectuer l'entretien gratuit et de réaliser tous les travaux sur véhicules rappelés, quel que soit le lieu d'achat de la voiture. (...)»⁶.

Position confirmée dans les lignes directrices relatives à la distribution automobile du 28 Mai 2010 :

"L'expérience acquise par la Commission dans ce contexte montre que les restrictions au commerce parallèle peuvent revêtir diverses formes. Un fournisseur peut, par exemple, exercer des pressions sur les distributeurs, les menacer de résilier les accords conclus, s'abstenir de payer les primes prévues, refuser d'honorer les garanties sur les véhicules automobiles importés par un consommateur ou faisant partie de livraisons croisées entre distributeurs de différents États membres, ou encore imposer au distributeur un délai de livraison nettement plus long pour un véhicule automobile identique lorsque le consommateur en question réside dans un autre État membre"⁷.

La plainte n'en a pas moins été rejetée, la Commission considérant que cette pratique bénéficiait de l'exemption par catégorie :

"(...) dans la mesure où la Garantie Constructeur Hyundai est indissociablement liée aux accords de distribution sélective de Hyundai, les termes de cette garantie ne font pas obstacle à ce que les accords entre Hyundai et ses distributeurs agréés bénéficient de l'exemption par catégorie (...)»⁸.

3) Le règlement d'exemption est devenu une garantie d'impunité

Le règlement UE n° 330/2010 définit la distribution sélective de la manière suivante :

"«système de distribution sélective», un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services

⁶ Brochure explicative du règlement CE n° 1400/2002, question n° 34.

⁷ Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales du 28 Mai 2010, point n° 49, 2010/C 138/05.

⁸ Décision Commission du 4 Décembre 2017, affaire AT 40495, Hyundai Garantie Constructeur, C (2017) 8319 final.

*contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système"*⁹.

Cette formule s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence ancienne, qui conditionne la légalité de la distribution sélective à la sélection des distributeurs sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif¹⁰.

La Commission a admis que les constructeurs ajoutent aux critères qualitatifs, que le consommateur aperçoit dans la présentation uniforme des points de vente, des critères quantitatifs¹¹.

Dès lors, la Commission a désigné la distribution sélective qualitative et quantitative sous le seul vocable de distribution sélective quantitative :

*"(...) il convient de faire la distinction entre la distribution sélective purement qualitative et la distribution sélective quantitative"*¹².

En 2012, la Cour de cassation française a posé à la Cour de justice une question préjudicielle portant sur la nécessité – ou non – pour le constructeur, de justifier du caractère objectif des critères quantitatifs :

"Selon Auto 24, dans un système de distribution sélective quantitative, le fournisseur, lorsqu'il sélectionne ses distributeurs, doit appliquer des critères de sélection quantitatifs précis, objectifs, proportionnés au but à atteindre et mis en œuvre de façon non discriminatoire.

Dans ces conditions, la Cour de cassation, éprouvant des doutes sur l'interprétation du règlement, et notamment sur les exigences relatives aux critères de sélection en matière de distribution sélective quantitative, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

*«Que faut-il entendre par les termes de 'critères définis' figurant à l'article 1^{er}, [paragraphe] 1, [sous] f), du règlement [...] s'agissant d'une distribution sélective quantitative ?»*¹³.

⁹ Règlement UE n° 330/2010 du 20 Avril 2010, article 1.1.e).

¹⁰ CJCE, 25 Octobre 1977, aff. 26/76, Metro c/ Saba, motif n° 20.

¹¹ Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales du 28 Mai 2010, point n° 44, 2010/C 138/05.

¹² Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales du 28 Mai 2010, point n° 54, 2010/C 138/05.

¹³ CJCE, 14 Juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 c/ Jaguar Land-Rover, attendu n° 20.

La Cour de Justice a répondu à cette question de la manière suivante :

"Par les termes «critères définis», figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous f), du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément"¹⁴.

Une analyse superficielle laisse à penser que la distribution sélective quantitative ne serait pas appuyée sur des critères objectifs de sélection, appliqués de manière non discriminatoire.

Ambiguïté entretenue par l'arrêt :

"(...) la jurisprudence invoquée par Auto 24 issue de l'arrêt du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission (26/76, Rec. p. 1875), n'a pas d'incidence dans la présente affaire. (...) un «système de distribution sélective quantitative» se distingue, par définition, de la sélection qualitative des distributeurs faisant l'objet du point 20 de l'arrêt Metro SB-Großmärkte/Commission, précité"¹⁵.

Il reste que "l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous f), du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002", expressément visé par l'arrêt¹⁶, ne concerne pas la sélection quantitative, mais la sélection qualitative :

"f) «système de distribution sélective»: un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs ou des réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis (...);

g) «système de distribution sélective quantitative»: un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci"¹⁷.

¹⁴ CJCE, 14 Juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 c/ Jaguar Land-Rover, attendu n° 40.

¹⁵ CJCE, 14 Juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 c/ Jaguar Land-Rover, attendu n° 38.

¹⁶ CJCE, 14 Juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 c/ Jaguar Land-Rover, attendu n° 40.

¹⁷ Règlement CE n° 1400/2002 du 31 Juillet 2002, article 1.1.f) et g).

Etant entendu que la sélection qualitative est la condition fondamentale de l'existence d'une distribution sélective.

La Cour paraît avoir aperçu ce défaut dans son raisonnement, pour l'éluder aussitôt :

"Le fait que, dans la pratique, les systèmes de distribution de véhicules automobiles neufs comportent très souvent [sic] des critères tant qualitatifs que quantitatifs est sans incidence à cet égard (...)"¹⁸.

Tout en refusant de poser la question préjudicielle qui permettrait de surmonter la confusion née de l'arrêt du 14 Juin 2012, la Cour d'appel de Paris retient désormais qu'un système de distribution sélective quantitative n'est pas régi par les principes qui gouvernent la distribution sélective et qu'il est couvert par l'exemption :

- "C'est vainement que la société Catia fait grief à la société FCA d'avoir commis une faute (...), en ne faisant pas application des critères figurant à son contrat de distribution alors que celle-ci était libre du candidat de son choix dans le cadre de la mise en place de son réseau de distribution sélective quantitative qui constitue l'exercice de sa liberté propre d'opérateur économique, sans être tenue de déterminer et mettre en œuvre des critères de sélection qualitatifs de ses distributeurs définis et objectivement fixés et de les appliquer de manière non-discriminatoire"¹⁹ ;

- "Un système de distribution sélective quantitative dans lequel la tête de réseau refuse son agrément sans avoir évalué la candidature sur la base des critères qualitatifs prédéfinis ne perd donc pas pour cela le bénéfice de l'exemption conférée par le règlement sur les accords verticaux"²⁰.

La Cour d'appel de Paris s'est même enhardie à considérer que les règles de la distribution sélective n'étaient pas applicables à la sélection des réparateurs agréés, alors même que leur sélection s'opère sur la base de critères purement qualitatifs (pas de critère quantitatif en matière de réparation) :

"Ce fut donc sans manquement à l'obligation de bonne foi que la SAS Mercedes-Benz France a refusé d'examiner la candidature de la SA

¹⁸ CJCE, 14 Juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 c/ Jaguar Land-Rover, attendu n° 34.

¹⁹ Cour d'appel de Paris, Pôle 5, Chambre 4, 23 Octobre 2019, n° 19/07878, Catia Automobiles c/ FCA.

²⁰ Cour d'appel de Paris, Pôle 5, Chambre 4, 21 Octobre 2020, n° 17/27620, Benmeleh c/ Hyundai.

Garage de Bretagne, peu important (...) qu'elle ait ou non rempli les conditions pour un éventuel agrément"²¹.

La Cour de cassation est sur la même ligne :

- *"Attendu que pour dire que le refus d'agrément de la société Catia constitue une faute de la société FCA et condamner la seconde à payer à la première une indemnité, l'arrêt, après avoir constaté que la société FCA était à la tête d'un réseau de distribution sélective quantitative, énonce que le "concedant" est tenu, dès la phase précontractuelle, de respecter son obligation générale de bonne foi dans le choix de son cocontractant et en déduit que le titulaire du réseau doit sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire ;*

Qu'en statuant ainsi, alors que l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination et la mise en œuvre d'un tel processus de sélection, la cour d'appel a violé les texte et principe susvisés"²² ;

- *"Après avoir énoncé que les accords de distribution sélective quantitative sont exonérés au titre de l'article 3, alinéa 2, du règlement (CE) n° 1400/2002 si la part de marché du fournisseur est inférieure à 40 % sur le marché concerné, l'arrêt retient qu'il n'est pas contesté qu'en ce qui concerne la vente de véhicules neufs, la société Renault avait, au moment des faits, une part de marché très inférieure à 40 %, même en prenant en compte les autres marques qu'elle distribuait ou avec lesquelles elle entretenait des liens, cette part étant même inférieure à 30 %. Il en déduit que la validité du critère quantitatif critiqué par la SIAC et les circonstances dans lesquelles la société Renault s'est abstenue d'examiner sa candidature durant seize mois, sans lui opposer un refus explicite, sont indifférentes, en l'espèce, au vu des parts de marché de la société Renault, de sorte que son refus d'agrément, auquel s'applique le droit des ententes, doit être considéré comme exempté de plein droit et licite au regard des règles de concurrence. Il ajoute qu'à supposer que le système de distribution en cause ait été sélectif qualitatif et que les critères qualitatifs aient été appliqués de façon discriminatoire, sa part de marché étant inférieure à 30 %, le refus aurait été également exempté. Il énonce encore que le droit de l'Union s'appliquant, celui-ci prime sur le droit national en*

²¹ Cour d'appel de Paris, Pôle 5, Chambre 4, 27 Novembre 2019, n° 18/06901, Garage de Bretagne c/ Mercedes.

²² Cour de cassation, Chambre commerciale, 27 Mars 2019, n° 17-22083, Catia Automobiles c/ FCA.

*vertu de l'article 3-2 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002*²³.

En d'autres termes, en France, dès lors que leur part de marché n'excède pas 30 %, les tribunaux considèrent qu'en vertu du règlement d'exemption, la constitution des réseaux échappe purement et simplement aux règles de la distribution sélective (à toute règle, en fait, puisque les tribunaux excipent de la prévalence du droit communautaire, pour exclure l'application du droit interne).

Le règlement d'exemption n'est donc pas un instrument de régulation : c'est un brevet d'impunité.

II - LE PROJET DES CONSTRUCTEURS

Sans attendre la définition, ni l'entrée en vigueur, de nouveaux règlements d'exemption des pratiques verticales et des pratiques spécifiques à la distribution automobile, les constructeurs ont entrepris la mise en œuvre d'un nouveau modèle de distribution.

Nous évoquerons le projet du Groupe STELLANTIS, précisant d'emblée que la plupart des constructeurs paraissent s'orienter vers un schéma similaire.

1) La vente directe par le constructeur

Dans le schéma de distribution indirecte que nous connaissons, le client du constructeur est le distributeur, et l'utilisateur final est le client du distributeur, le cas échéant par l'entremise de l'agent.

Il n'existe aucun lien direct entre le constructeur et l'utilisateur final.

Le Groupe STELLANTIS a élaboré le texte d'un avenant aux contrats de distribution et de réparation, qui prévoit l'obligation pour les distributeurs et réparateurs de transmettre au constructeur, en permanence, les informations sur les clients existants et sur les prospects.

Le constructeur s'est abstenu de toute qualification juridique de ces actions.

²³ Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 Mai 2021, n° 19-17580, Siac c/ Renault.

a) La cession de la clientèle des distributeurs et réparateurs

En droit français²⁴, la clientèle est un actif incorporel du fonds de commerce du distributeur et entre par conséquent dans sa propriété commerciale.

La jurisprudence le confirme sans ambiguïté :

- "(...) si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls (...)"²⁵ ;

- "(...) le fonds de commerce est un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire la perte des investissements qu'il a faits pour l'acquérir, la maintenir, la développer ;

(...) il s'ensuit de tout ce qui précède que la société NICOGI est propriétaire d'un fonds de commerce composé d'éléments lui appartenant en propre notamment celui essentiel de la clientèle qui s'y rattache"²⁶ ;

- "(...) il échet de rappeler que le contrat de concession exclusive ne constitue pas un contrat d'intérêt commun et que le concessionnaire, propriétaire de son fonds, développe sa propre clientèle pour son propre compte et en son propre nom, excluant de la sorte toute possibilité de perception d'une indemnité de clientèle ; qu'en effet, si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du concédant, la clientèle locale n'existe que par les moyens mis en oeuvre par le concessionnaire, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce et l'élément incorporel que constitue le bail ; que, par ailleurs, cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du concessionnaire puisque, même si celui-ci n'est pas

²⁴ Article L 141-5 du Code de commerce.

²⁵ Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, 27 Mars 2002, n° 00-20732.

²⁶ Cour d'appel de Paris, 4 Octobre 2000, Nicogi c/ Le Gan.

*propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de concession, elle est créée par son activité*²⁷.

Le contrat stipule habituellement de la manière la plus claire, que le distributeur et le réparateur sont des commerçants indépendants et qu'ils ne doivent en aucune façon être tenus pour le mandataire du constructeur.

Cette organisation permet au constructeur d'éviter l'indemnisation en fin de contrat, puisque l'aménagement d'un préavis permet à au distributeur ou au réparateur de reconvertir sa clientèle à la représentation d'une autre marque.

La transmission des informations sur les clients existants, telle qu'elle est exigée désormais par le constructeur, se distingue de la communication et s'analyse comme une cession pure et simple de la clientèle.

C'est-à-dire l'opération par laquelle les droits ou obligations d'une personne sont transférés à une autre, qui en devient titulaire à sa place.

Cette cession a pour effet de rendre ces données indisponibles au distributeur.

A ce stade, le constructeur n'a pas prévu d'accorder une contrepartie quelconque à la transmission de la clientèle de ses distributeurs, qui semble n'être envisagée qu'à titre gracieux.

b) L'orientation des prospects

Le projet du Groupe STELLANTIS envisage également l'obligation pour les distributeurs et les réparateurs de lui transmettre les informations sur les prospects.

Le prospect n'est pas un client du distributeur ou du réparateur (*a fortiori* de la marque) : c'est une personne avec laquelle il est entré en relation et qui est identifiée comme un client potentiel.

En souscrivant à l'engagement de transmettre au constructeur les coordonnées de ce prospect, qu'il ait manifesté son intérêt pour un véhicule neuf, un véhicule d'occasion, un service après-vente ou des pièces et accessoires, le distributeur ou le réparateur :

²⁷ Cour d'appel de Paris, 1^{er} Mars 2006, Opel c/ Coroller Automobiles.

- s'engage dans les termes d'une obligation de faire (par opposition avec l'obligation de donner), qui s'analyse comme un mandat ;
- en qualité de mandataire, il est tenu à une obligation de loyauté et s'interdit d'orienter le prospect vers un constructeur ou un fournisseur concurrent.

Cette stipulation est un engagement d'exclusivité qui ne dit pas son nom.

c) La vente directe

Initialement présenté comme une adaptation du contrat aux contraintes du Règlement Général sur la Protection des Données, la portée de ce dispositif a été dernièrement révélée, lorsqu'au mois de Juillet 2021, le Groupe STELLANTIS a divulgué son intention de vendre directement le véhicule neuf à l'utilisateur final.

Le distributeur n'interviendrait plus que dans la présentation et dans la livraison du véhicule, en contrepartie d'une commission.

Les détails de ce projet ne sont pas connus mais en pratique, la vente directe du constructeur à l'utilisateur final peut être opérée en ligne, depuis le terminal du client, aussi bien que dans les locaux du distributeur, la commande étant passée sur un terminal du distributeur utilisant l'interface du constructeur.

Dans ce cadre, le Groupe STELLANTIS a précisé que le distributeur n'interviendrait plus en qualité de commerçant indépendant, mais de mandataire (le profil exact de ce mandat n'étant pas connu), épousant ainsi le statut habituellement réservé aux "agents".

Le mandataire n'est pas un commerçant et ne constitue pas de clientèle propre.

Ce qui est cohérent avec le fait que le distributeur ait été préalablement dépouillé de sa clientèle et qu'il se soit engagé à développer la clientèle du constructeur.

2) L'appropriation des métiers de la distribution

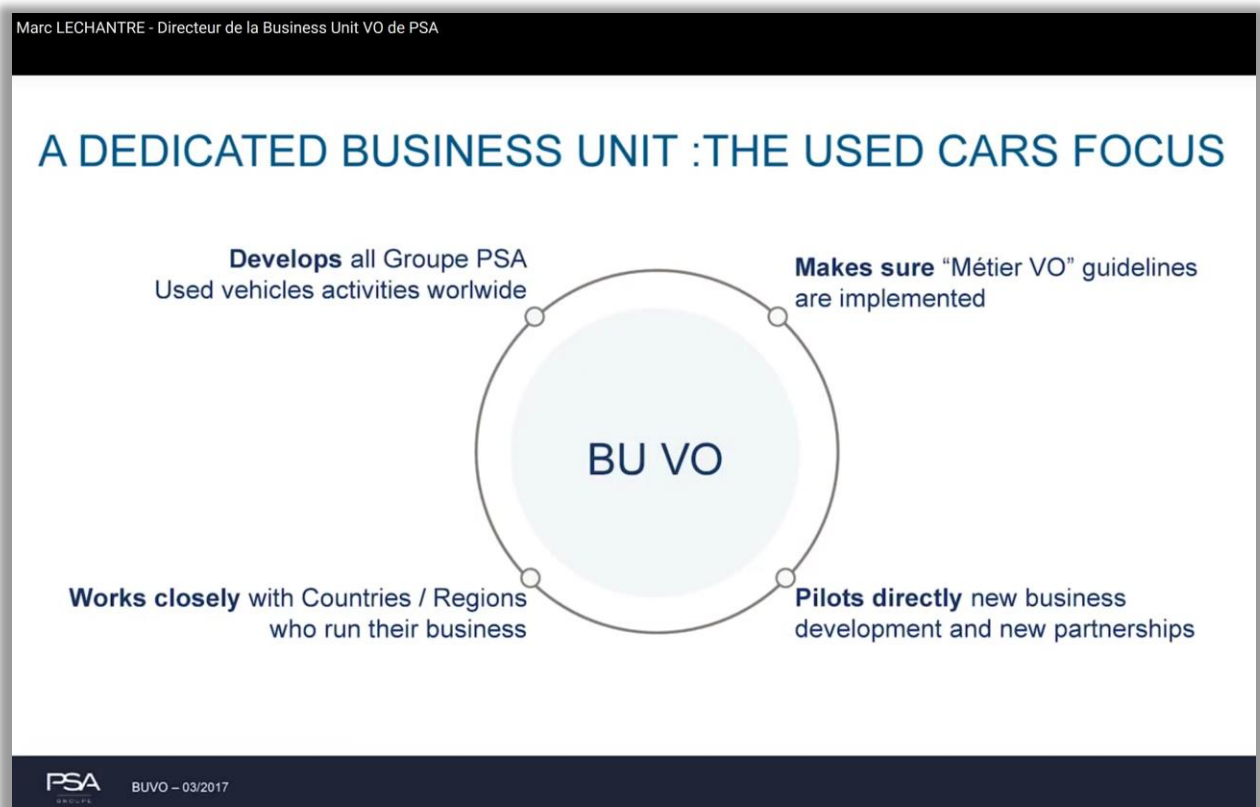
a) Les véhicules d'occasion

Dès 2016²⁸, PSA a exprimé son intention de vendre des véhicules d'occasion en ligne et par conséquent, d'intégrer ce négoce à son activité.



²⁸ Plan PUSH TO PASS présenté aux actionnaires de PSA le 5 Avril 2016.

PSA a créé une "Business Unit VO", en charge de mettre en œuvre ce programme²⁹ :



Le constructeur a procédé à l'acquisition des compétences nécessaires à l'aboutissement de ce projet³⁰ :

- 2016 : ARAMISAUTO (plateforme Internet multimarque, centre de reconditionnement et 31 agences) ; appuyée par le groupe PSA, la société ARAMIS GROUP a repris les affaires suivantes :
- . 2017 : CLICARS (VO multimarque en Espagne) ;
- . 2018 : CARDOEN (VO multimarque en Belgique) ;
- . 2017 : AUTOBIZ (cotation VO) ;

²⁹ Intervention Marc LECHANTRE, Directeur Business Unit VO, le 23 Mars 2017 : <https://www.youtube.com/watch?v=NXzHKX1yX78>

³⁰ Communiqués de presse PSA ; Revue de presse PSA.

- . 2017 : CARVENTURA (positionnement prix VO) ;
- . 2021 : CARSUPERMAKET.COM (VO multimarque au Royaume-Uni) ;
- 2019 : création d'une usine de reconditionnement de véhicules à Donzère (Drôme) ;
- 2021 : introduction en bourse la société ARAMISAUTO en vue de lever 250.000.000 euros et d'appuyer encore ses investissements dans le véhicule d'occasion.

Dans ce contexte, le Groupe PSA a substitué aux labels PEUGEOT OCCASIONS DU LION, CITROEN SELECT, etc... un nouveau label, désormais multimarque : SPOTICAR.

Ce contrat est conclu avec le constructeur et est construit sur le modèle d'un contrat de franchise.

Dans ce nouveau cadre, le transfert de marge est envisagé de la façon suivante :

- achat des véhicules au constructeur ;
- achat de la PLV prescrite par le constructeur ;
- achat des prestations de dépannage et d'assistance auprès de prestataires sélectionnés par le constructeur (sur la base des conditions tarifaires qu'il aura négociées) ;
- achat des contrats de garantie auprès des assureurs sélectionnés par le constructeur et au prix négocié par lui ; étant observé que le distributeur s'oblige à effectuer des réparations de garantie sur l'ensemble des véhicules couverts, y compris ceux qui ont été vendus par d'autres membres du réseau, aux conditions négociées par le constructeur avec l'assureur ;
- paiement au constructeur d'une redevance trimestrielle ;
- achat auprès du constructeur d'une "prestation obligatoire", pour chaque véhicule vendu, consistant semble-t-il dans la mise à disposition d'un "*Service Relation Clients*".

Il est important de relever que dans le modèle de vente directe que le groupe STELLANTIS projette de mettre en oeuvre, la reprise des véhicules d'occasion

sera en principe assurée par le constructeur lui-même, qui prendra à cette occasion le contrôle du *sourcing*.

Les véhicules repris pourront être revendus au distributeur ou au réparateur dans le cadre du contrat SPOTICAR.

Si le contrat SPOTICAR ne prévoit explicitement aucun engagement d'exclusivité, il impose en revanche la mobilisation exclusive d'une partie des installations du distributeur et leur mise en conformité avec les standards définis par le constructeur.

En outre et surtout, le mandat d'orientation des prospects auquel le distributeur est requis de souscrire, englobe les véhicules d'occasion.

Ainsi, dès lors qu'il aura souscrit aux termes de ce mandat, le distributeur ou le réparateur n'aura plus la possibilité, ni d'entretenir une clientèle propre au titre des véhicules d'occasion, ni d'alimenter son négoce par la reprise des véhicules d'occasion (qui intervient dans 80 % des ventes de véhicules neufs).

A terme, le constructeur disposera donc des moyens juridiques de s'approprier le négoce des véhicules d'occasion, qui constitue une activité traditionnellement entreprise de manière indépendante par le distributeur.

b) Les services financiers et la mobilité

Les services financiers, fournis par des filiales financières, constituent d'ores et déjà une part significative et parfois même essentielle, des profits des constructeurs.

Ils recouvrent une multitude de services (crédit, LOA, LLD, LCD, assurance), qui ont vocation à connaître un fort développement au travers d'innombrables déclinaisons (autopartage, taxi autonome, voiture autonome, covoiturage, monétique), désormais identifiés comme des services de mobilité.

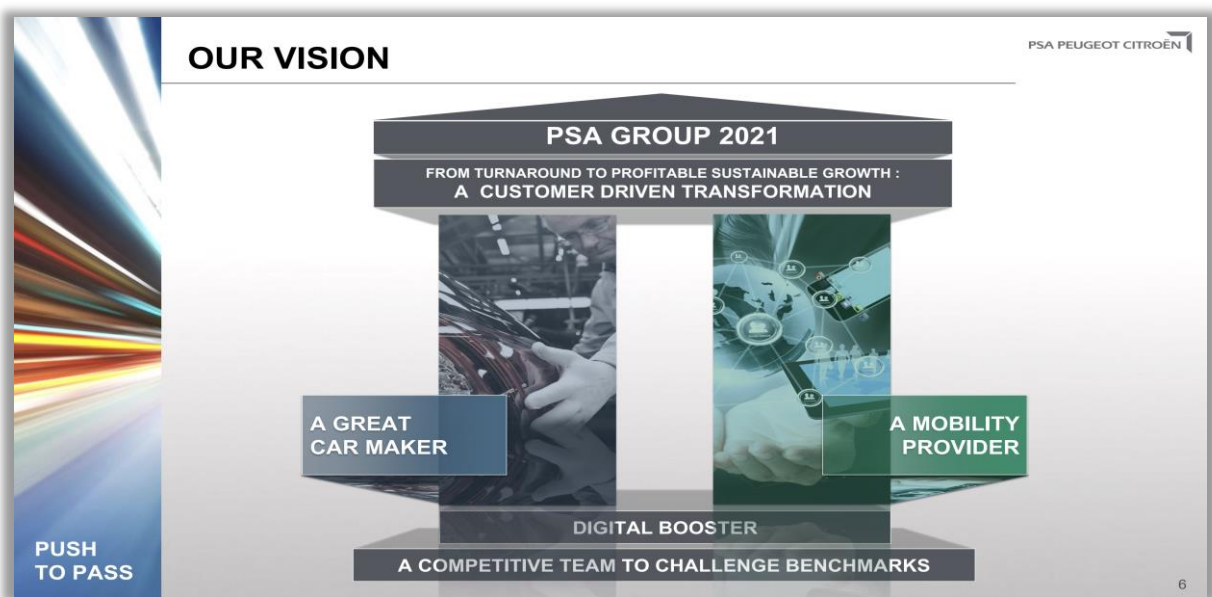
Ce développement sera amplifié par la mise en place d'un réseau de télécommunication 5G et la pleine exploitation des données produites par les véhicules (tous les services *pay-as-you-drive*...).

La disparition du distributeur commerçant indépendant et son remplacement par un mandataire, réserve ce marché au constructeur.

Le mandataire n'aura plus la possibilité d'offrir aucune autre formule que celles du constructeur dont il sera le représentant.

A cet égard, il faut prendre la mesure d'un changement majeur, aux termes duquel le constructeur ne se concevrait moins comme le producteur d'un véhicule, que comme le fournisseur d'un service de mobilité.

Pour le dire autrement, le revenu récurrent à attendre de la fourniture d'un service de mobilité, présente probablement plus d'intérêt dans l'avenir que la marge actuellement retirée de la fabrication et de la vente d'un véhicule neuf.



31

c) Le service après-vente

Les projets du constructeur sur ce chapitre ne sont pas connus.

A ce stade, les initiatives prises par le Groupe PSA, qui profitent aujourd'hui au Groupe STELLANTIS, témoignent de ce que le constructeur a considérablement développé cette activité :

- étoffant une gamme de pièces de rechange sous la marque EUROREPAR, destinées aux véhicules de plus de trois ans et venant en complément de sa gamme de pièces d'origine ;

³¹ Plan PUSH TO PASS présenté aux actionnaires de PSA le 5 Avril 2016.

- créant une plateforme d'intermédiation dénommée AUTOBUTLER, qui met en relation les utilisateurs finals avec des réparateurs (réparateurs agréés et MRA) ;
- acquérant le site Internet MISTER AUTO, qui distribue en ligne des pièces de rechanges multimarques ;
- développant sous l'enseigne DISTRIGO un réseau physique de distributeurs régionaux de pièces de rechange multimarques.

Dans la mesure où ils seront désormais tenus d'exploiter et de développer dans le cadre d'un mandat une base de données clients qui ne sera plus la leur, les réparateurs redoutent de perdre la possibilité d'offrir aux clients du constructeur, des pièces et des services dont il ne serait pas le fournisseur où qu'il n'aurait pas référencés.

Par ailleurs, il est redouté que le constructeur multiplie les offres de services après-vente formulées sous la forme d'extensions de garantie, de contrats d'entretien ou de contrat de location entretien compris, souscrites en ligne par l'utilisateur final et sous-traités au réparateur agréé.

FORFAITS PEUGEOT ORIGINAL

La qualité d'origine, sérénité incluse

Des forfaits tout compris, incluant les contrôles réalisés par nos experts, la main d'œuvre et les pièces d'origine. Toutes les pièces utilisées pour vos opérations d'entretien sont 100% identiques aux pièces montées sur les véhicules neufs. Elles sont les mieux adaptées à votre véhicule et vous garantissent une sécurité maximale. Grâce à cette qualité d'origine, vous préservez ainsi la performance de votre voiture tout au long des années, pour un plaisir de conduire en toute sérénité.

FORFAITS PEUGEOT ESSENTIAL

L'alliance qualité, prix et performance

Des forfaits tout compris, incluant la main d'œuvre et des pièces Eurorepar, une gamme de pièces multimarques exclusive, particulièrement adaptée aux voitures âgées de 3 ans et plus, et jusqu' à 25% moins chère que les pièces d'origine. Vous pourrez ainsi mieux maîtriser votre budget.

EN SAVOIR PLUS

LA SÉRÉNITÉ AU QUOTIDIEN

Pour toujours plus de tranquillité, prolongez la garantie de votre voiture.

Afin de rouler dans une voiture toujours bien entretenue, et en toute sécurité, souscrivez l'un de nos contrats d'entretien.

Choisissez le contrat adapté à vos besoins en fonction de l'utilisation de votre voiture : de 10 000 km / an jusqu'à 25 000 km / an. Choisissez également le mode de paiement (mensualisé ou au comptant) qui vous convient le mieux.

Vous pouvez compter sur le réseau de professionnels agréés Peugeot pour vous accompagner en toute sérénité au quotidien.

Dans un tel schéma, le réparateur n'est plus en mesure d'offrir de formule alternative, qu'elle émane de concurrents ou qu'il l'ait développée lui-même.

Le constructeur serait alors en capacité d'imposer des solutions plus coûteuses pour l'utilisateur final, notamment en imposant l'utilisation de ses propres pièces de rechanges et en excluant la possibilité de mise en œuvre de pièces de qualité équivalente.

Cette menace a été évoquée par la Commission³² dans des conditions qui ne prennent pas l'entière mesure du risque, lequel ne se limite pas à l'éviction des réparateurs indépendants ou des équipementiers, mais affecte la capacité concurrentielle - l'initiative économique - des membres du réseau officiel.

Le risque est aggravé par les prétentions exprimées par les constructeurs à un étroit contrôle des données produites par les véhicules, dont la diffusion constituera une source de profit additionnelle, autant qu'un avantage concurrentiel.

Enfin, il semble que sur ce terrain encore, il ne soit tenu aucun compte des objectifs de développement durable, dont la poursuite impose de ménager des modalités d'entretien et de réparation accessibles à tous, y compris aux particuliers.

La réduction de l'offre de réparation dans l'esprit d'augmenter les profits du constructeur va à l'encontre des préoccupations exprimées par le Parlement européen :

"Stratégie de réparation

10. demande que les informations suivantes concernant la disponibilité des pièces détachées, les mises à jour logicielles et la réparabilité d'un produit soient rendues disponibles d'une manière claire et facilement lisible au moment de l'achat: durée estimée de disponibilité à partir de la date d'achat, prix moyen des pièces détachées au moment de l'achat, délais de livraison et de réparation approximatifs recommandés, et informations sur les services de réparation et d'entretien, le cas échéant ; demande, en outre, que ces informations figurent dans la documentation relative au produit et s'accompagnent d'une synthèse des pannes les plus fréquentes et de la marche à suivre pour y remédier ;

11. invite la Commission à établir un « droit de réparation » des consommateurs pour faire en sorte que les réparations deviennent systématiques, rentables et attrayantes, en tenant compte des spécificités des différentes catégories de produits, dans la droite ligne

³² Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales du 28 Mai 2010, point n° 69, 2010/C 138/05.

des mesures déjà prises concernant plusieurs appareils ménagers conformément à la directive sur l'écoconception (...)"³³.

3) La constitution d'un écosystème

Dans le modèle envisagé, l'éviction des distributeurs ou du moins, la neutralisation de leur qualité d'acteur économique, laisse les constructeurs seuls opérateurs sur le marché de la fourniture de mobilité.

Chaque constructeur recherche la constitution d'un "écosystème", sur le modèle APPLE/TESLA, d'autant plus efficace que le constructeur, à l'exemple de STELLANTIS ou de VOLKSWAGEN, réunit plusieurs marques importantes.

Le fonctionnement de l'écosystème repose sur le contrôle tous azimuts des données :

- données personnelles de l'utilisateur final, collectées par le constructeur, par le distributeur, par le réparateur, par les fournisseurs...
- données produites par le véhicule ;
- données techniques des véhicules, naturellement détenues par le constructeur.

Il suppose la mise en œuvre d'une place de marché digitale, induite par le choix de la vente directe, accessible depuis un ordinateur, depuis un smartphone et depuis le véhicule lui-même, appuyée sur les points de vente physiques des distributeurs.

Le fonctionnement de l'écosystème s'appuie également sur l'intégration des activités amont et aval :

- amont : les fournisseurs et sous-traitants (banques, compagnies d'assurance, équipementiers, concepteurs d'applications, tous les fournisseurs des distributeurs et réparateurs, y compris pour le négoce des véhicules d'occasion) rémunèrent le constructeur pour accéder aux données et aux clients sur la place de marché ;

³³ Résolution du Parlement européen du 25 Novembre 2020 : Vers un marché unique plus durable pour les entreprises et les consommateurs :
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_FR.html
sur le même thème, voir également le principe d'un "right to repair" dernièrement adopté par la Federal Trade Commission américaine :
<https://www.wsj.com/articles/broken-iphone-stalled-tractor-ftc-wants-to-make-it-easier-to-fix-them-11626899876>

- aval : les clients (utilisateurs finals, *leasers*, distributeurs pour le VO, réparateurs agréés) rémunèrent le constructeur pour la fourniture des produits et/ou services.

Le contrôle de l'écosystème est l'assurance d'une rente.

4) Les problèmes

Le schéma mis en œuvre par le Groupe STELLANTIS, et envisagé de la même façon par la plupart des autres constructeurs, pose différents problèmes.

a) Le passage d'un rapport vertical à un rapport horizontal

La distribution s'est consolidée et est largement assurée par des groupes de distribution multimarques (même si, au sein de ces groupes, certaines marques sont représentées dans des structures séparées) et dont les activités sont diversifiées.

Ces groupes ont investi dans des sites Internet très modernes, dans le déploiement d'une large offre de services dans le financement, la location, l'entretien, la réparation, l'assistance, ainsi que dans le développement d'un négoce de véhicules d'occasion très structuré, parfois organisé sur un mode industriel.

Ces activités sont directement menacées par les ambitions des constructeurs.

Pour mesurer la difficulté, il faut s'émanciper du schéma classique, qui opposait un constructeur identifié comme un industriel fabricant des véhicules, à un distributeur/réparateur identifié comme un commerçant, vendeur de ces véhicules auprès des utilisateurs finals et fournisseur de leur service après-vente.

L'avenir désormais proche opposera en réalité un constructeur fournisseur de service de mobilité et acteur dans tous les métiers de la distribution (vente et après-vente, neuf et occasion), à un distributeur également fournisseur de mobilité et acteur traditionnel de l'ensemble des métiers de la distribution.

Ces acteurs ont vocation à entrer dans un rapport de concurrence horizontale.

b) L'appropriation du bien d'autrui

La mise en œuvre du modèle élaboré par le constructeur suppose une appropriation des actifs des distributeurs et des réparateurs (leur clientèle), sans aucune contrepartie.

Les données relatives aux clients et prospects, qui constituent le fichier commercial du distributeur, sont la première richesse de l'entreprise, *a fortiori* dans un commerce qui a vocation à devenir essentiellement digital.

Est-il besoin de préciser qu'**aucun distributeur ou réparateur n'est spontanément disposé à l'abandon sans contrepartie de sa propriété commerciale** ?

La mise en œuvre de ce projet semble être assortie d'une forme de contrainte, dans la mesure où le constructeur a notifié la résiliation de l'ensemble des contrats (distribution et réparation) et précisé à ceux qui ont été destinataires d'une lettre d'intention d'en conclure un nouveau, que cette offre demeurerait conditionnelle.

Pour mesurer l'efficacité de ce procédé et l'atonie relative des distributeurs et des réparateurs, il faut comprendre que la résiliation du contrat et la cessation des relations les exposent à des conséquences graves :

- la reconversion est à peu près impossible pour le distributeur d'une marque généraliste, toutes représentées sur l'ensemble du territoire ; étant entendu que le distributeur établi pour la commercialisation de 2.000 véhicules par an, ne peut trouver de reconversion économiquement viable dans la représentation d'une marque qui représenterait un potentiel annuel de 200 véhicules ;
- la cession n'est envisageable que sur des bases qui ne permettent généralement pas de couvrir le passif ; elle est inaccessible au distributeur ou au réparateur qui a préalablement cédé sa clientèle au constructeur ;
- l'arrêt pur et simple de l'activité est souvent financièrement insurmontable : désormais privé de revenus, le distributeur ou le réparateur ne peut pas faire face à l'apurement de son endettement (structures matérielles et stocks) et au passif généré par l'arrêt de son activité (frais de licenciement, indemnités de rupture de bail, coût de liquidation des stocks).

En France, en dépit d'un contentieux abondant, les pouvoirs publics et l'autorité judiciaire sont habituellement conciliants avec les constructeurs et les distributeurs estiment généralement ne pouvoir en aucun secours.

c) L'instauration d'une obligation d'exclusivité

Dans le nouveau modèle de distribution, les groupes de distribution multimarques sont soumis à des injonctions contradictoires, puisque chacun des constructeurs qu'ils représentent exige l'attribution exclusive de leur clientèle et l'orientation exclusive de leurs prospects.

Ces prétentions sont incompatibles avec la représentation multimarques.

Cette difficulté très concrète est pour l'instant ignorée par les constructeurs.

d) L'érection de nouvelles barrières à l'entrée

L'appropriation de la clientèle des membres du réseau aura pour effet de la rendre juridiquement indisponible à ceux-là mêmes qui l'ont constituée.

Solution d'autant plus efficace qu'au travers de l'outil CRM (ou le DMS) dont l'utilisation est prescrite au distributeur, les données relatives aux clients sont directement enregistrées sur le serveur du constructeur.

Dès leur enregistrement, ces données peuvent faire l'objet de la protection prévues par les articles L 112-3 et L 122-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Appliquée à l'ensemble des distributeurs et réparateurs dans la quasi-totalité des réseaux, ce dispositif est de nature à compromettre la possibilité pour un nouveau constructeur de s'appuyer sur les distributeurs pour entrer sur le marché.

A eux seuls et au travers de leurs nombreuses marques, les trois premiers constructeurs³⁴ disposent en France d'une part de marché cumulée de plus de 70 % et sont donc en mesure de soustraire à la concurrence les données d'une proportion équivalente des utilisateurs finals.

³⁴ STELLANTIS, RENAULT, VOLKSWAGEN.

L'expérience récente établit qu'un constructeur – Tesla – peut concevoir et produire des véhicules innovants à la manière d'une *start-up*, sans nécessairement s'appuyer sur l'existence d'un outil industriel existant.

Le marché européen, étroitement contrôlé comme on l'a vu, n'a pas permis l'émergence de telles initiatives, qui naissent (à une exception près) hors des frontières de l'Union :

- Etats-Unis : Rivian, Lucid, Fisker, Lordstown, Canoo, Faraday Future ;
- Chine : Xpeng, Li Auto, Nio, Aiiways, Xiaomi ;
- Vietnam : VinFast ;
- Turquie : Togg ;
- Pologne : Izero.

Ces constructeurs peuvent évidemment espérer entrer sur le marché en s'adossant aux professionnels qui l'animent depuis toujours.

Cette possibilité leur sera interdite par la confiscation des fichiers clients et la transformation des distributeurs en mandataires.

Le changement de modèle emporte clairement l'érection de nouvelles barrières à l'entrée, de nature à priver les consommateurs de produits innovants qui seront disponibles ailleurs, et à compromettre les chances de voir émerger une offre alternative d'origine européenne.

e) La fixation d'un prix unique

La mise en œuvre d'un modèle de vente directe réserve au constructeur la fixation du prix de détail, dans laquelle le distributeur n'intervient plus.

Jusqu'à présent, la Commission n'a pas semblé faire de la concurrence intramarque une priorité :

- *"(...) si la concurrence intermarques est rude, il est peu probable qu'une réduction de la concurrence intramarque ait des effets négatifs sur les consommateurs"*³⁵ ;

³⁵ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 Mai 2010, point n° 102, 2010/C 130/01.

- "In a market where individual retailers distribute the brand(s) of only one supplier, a reduction of competition between the distributors of the same brand will lead to a reduction of intra-brand competition between these distributors, but may not have a negative effect on competition between distributors in general. In such a case, if inter-brand competition is strong, it is unlikely that a reduction of intra-brand competition will have negative effects for consumers"³⁶.

Dans la perspective qui nous occupe, cependant, l'hypothèse n'est pas celle d'une réduction de la concurrence intramarque par les prix, déjà diminuée par le cloisonnement des marchés nationaux, mais celle de sa disparition pure et simple.

Et dans la mesure où la plupart des constructeurs épousent cette formule, le risque est évidemment très grand d'une affectation de la concurrence intermarques.

L'objectif partagé de très longue date par les constructeurs, est de réintégrer dans leur marge le montant de la remise habituellement accordée par les distributeurs à leurs clients, qui est traditionnellement regardée comme une perte de valeur imputable au distributeur et combattue de toutes les manières possibles (essentiellement en réduisant la part fixe de la rémunération des distributeurs au profit de la part variable).

L'impact sur les consommateurs est évident.

f) La contrariété avec les exigences du RGPD

Le constructeur revendique le droit de collecter à son seul bénéfice l'ensemble des données des clients et des prospects, qu'il s'agisse des données recueillies en lignes, recueillies par ses distributeurs et réparateurs, ou des données produites par les véhicules des utilisateurs finals.

Il entend également communiquer ces données à l'ensemble des entités qui composent son groupe, qu'elles soient en charge de la production des véhicules (sous les différentes marques détenues par le groupe) ou de la fourniture des services.

Bien qu'il soit conduit à opérer dans l'avenir pour le compte du constructeur, le distributeur et le réparateur demeurent responsables du traitement des données qu'ils collectent et garants des droits des personnes concernées : rectification, effacement, portabilité, opposition.

³⁶ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 19, C (2021) 5038 final.

En l'occurrence, le distributeur, ni le réparateur, ne sont en mesure de communiquer aux personnes concernées les informations légalement requises (identité des utilisateurs, finalités des traitements, durée des traitements), pour la raison qu'elles leur sont inconnues.

Et de la même manière, ils ne peuvent garantir les droits des personnes dont il ont recueilli les données personnelles, alors qu'ils ne connaissent pas l'identité, ni les coordonnées, des personnes qui revendiqueront la responsabilité du traitement.

La question est d'autant plus importante, que le constructeur se réserve le droit de transférer ces données en dehors de l'Union européenne et en particulier aux Etats-Unis, vers lesquels leur transfert est à ce jour illégal.

g) L'éviction pure et simple des principaux acteurs du marché

Enfin, le changement de modèle emporte l'éviction pure et simple des acteurs historiques du marché.

Les distributeurs sont les acteurs traditionnels du commerce de détail dans le secteur de l'automobile.

La confiscation de leur clientèle et la poursuite d'une activité de mandataire du constructeur, interdira désormais aux distributeurs toute initiative commerciale indépendante.

Les distributeurs ne seront plus des commerçants et perdront corrélativement leur qualité d'acteur sur le marché de la distribution de détail, instantanément contrôlé par les constructeurs.

Ils en seront exclus.

On ignore à ce stade si les actuels agents seront les mandataires du constructeur ou les sous-mandataires des distributeurs devenus mandataires.

En tout état de cause, la confiscation des données du réparateur emportera des conséquences probablement équivalentes quant à leur indépendance et leur liberté commerciale.

III - LE PROJET DE LA COMMISSION

Ces changements interviennent de manière brutale, pour la raison essentiellement, qu'en s'abstenant d'un encadrement effectif de l'activité des constructeurs, la Commission a permis le maintien artificiel d'un modèle de distribution qui s'est progressivement détaché de la réalité du marché et de l'intérêt des consommateurs.

A la suite de l'adoption du règlement CE n° 1400/2002, qui prétendait favoriser l'émergence d'un modèle plus efficient, au travers notamment de dispositions favorisant le multimarquisme, les constructeurs ont constitué sous l'égide de la Commission un *"groupe de haut niveau"* dénommé CARS 21 (devenu GEAR 2030³⁷), qui avait vocation à mieux défendre leurs intérêts.

En 2009, à la suite de la crise financière qui a ébranlé l'industrie automobile dans le monde entier, le Commissaire en charge de la concurrence avait fait la déclaration suivante :

*"I have not gone into detail about the current crisis today, but you can of course take for granted that we will not use competition policy to put unnecessary barriers in front of efforts to help the industry survive and adapt"*³⁸.

De fait, en 2010, la Commission a mis un terme à la succession des règlements qui posaient des conditions précises à l'exemption des accords de distribution automobile (règlements CE n° 123/85, 1475/95 et 1400/2002), estimant que ce secteur ne justifiait plus l'application de règles spécifiques et renvoyant aux normes du règlement général :

*"Le règlement (UE) n° 330/2010 s'applique aux accords verticaux portant sur l'achat, la vente ou la revente de véhicules automobiles neufs à partir du 1^{er} juin 2013"*³⁹.

Le moment est sans doute venu de changer d'approche.

Dans cette perspective, le projet de règlement général et ses lignes directrices suscitent les commentaires qui suivent.

Avant de les évoquer dans le détail, il faut rappeler que le règlement d'exemption par catégorie s'est substitué à l'exemption à titre individuel.

³⁷ https://ec.europa.eu/growth/content/high-level-group-gear-2030-report-on-automotive-competitiveness-and-sustainability_en

³⁸ Neelie KROES, Closing remarks at roundtable to discuss future of the Car Block Exemption, 9 Février 2009, SPEECH/09/45.

³⁹ Règlement d'exemption UE n° 461/2010, article 3.

Ce qui signifie que la conformité des accords doit être envisagée *a priori* par les parties elles-mêmes et non plus *a posteriori* par l'autorité régulatrice.

Pour bénéficier pleinement du *safe harbor*, les parties doivent non seulement trouver dans le règlement et dans les lignes directrices l'explication de la démarche de la Commission, mais également les outils juridiques de nature à garantir la sécurité de leur analyse.

Dans cette perspective, les critères de l'exemption ne doivent laisser aucune place à l'interprétation.

Car la marge d'interprétation affecte l'efficacité du règlement.

1) La condition des gains d'efficience

Les dispositions pertinentes du projet de la Commission sont les suivantes.

Préambule, point n° 6 :

"Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficience économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à 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 à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes".

Préambule, point n° 13 :

"Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui risquent de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les gains d'efficience".

Guidelines, point n° 8 :

"The complementary nature of the activities of the parties to a vertical agreement in placing goods or services on the market also implies that vertical restraints may provide substantial scope for efficiencies, for example by optimising manufacturing or distribution processes and services".

Pour mémoire, l'article 101, § 3 du Traité, n'envisage l'exemption des accords de distribution, qu'à condition qu'ils :

- contribuent à améliorer la production ;
 - contribuent à améliorer la distribution des produits ;
 - contribuent à promouvoir le progrès technique ;
 - contribuent à promouvoir le progrès économique.
- . tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ;
- . et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
- . ni donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

En pratique, ces trois dernières conditions ne sont pas remplies.

Le règlement et les lignes directrices devraient par conséquent définir les critères permettant de s'assurer de la conformité des accords aux exigences du Traité, qu'il s'agisse du profit réservé aux consommateurs, des restrictions non indispensables et de la capacité d'éliminer une partie de la concurrence.

L'amélioration de la distribution, la promotion du progrès technique et économique ne doivent pas être envisagés de l'unique point de vue du constructeur, ni se résumer à l'amélioration de ses profits.

Ils doivent considérer de la même manière et dans une approche globale, les progrès recherchés par le distributeur, dont les initiatives et les efforts ne devraient pas être entravés.

Le progrès technique et économique doit en outre intégrer les exigences exprimées par la Commission relativement à l'adaptation de l'économie au changement climatique, pour encourager un modèle écologiquement responsable.

2) L'accès à Internet

Le réparateur est concerné au même titre que le distributeur proprement dit, dans la mesure où il est en principe libre de présenter sur Internet les pièces et véhicules d'occasion qu'il vend, les services qu'il fournit et les véhicules neufs qu'il contribue à vendre.

Par commodité, on le regardera comme un distributeur dans les lignes qui suivent.

a) Le constructeur peut interdire au distributeur de vendre sur une plateforme tierce

Le projet de lignes directrices de la Commission prévoit d'exempter (autoriser) la clause par laquelle le constructeur interdit au distributeur de vendre sur une plateforme tierce :

- "Vertical agreements including a restriction on the use of a specific online sales channel, such as online marketplaces, or setting quality standards for selling online, can benefit from the block exemption, irrespective of the distribution system used by the supplier in as far as such restriction does not, directly or indirectly, in isolation or combination with other factors, have as its object, to prevent the buyers or their customers from effectively using the internet for the purposes of selling their goods or services online or from effectively using one or more online advertising channels (...).

(...) unless they have the indirect object of preventing the effective use of the internet for the purposes of selling online, such sales restrictions do not amount to a restriction of the territories into which or the customers to whom the distributors or their customers can sell the contract goods or services. Such block-exempted restrictions in principle include:

(a) a direct or indirect ban on sales on online marketplaces;

(b) a requirement that the buyer operates one or more brick and mortar shops or showrooms as a condition for becoming a member of the supplier's distribution system"⁴⁰ ;

⁴⁰ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 194, C (2021) 5038 final.

- "(...) a restriction on the use of online marketplaces can generally benefit from the safe harbour of the VBER. (...), a restriction in the use of online marketplaces generally does not affect a group of online users which can be circumscribed within the group of online purchasers, and does not limit the buyer from selling the contract goods or services via its own website or from advertising under certain circumstances via the internet on third-party platforms and from using online search engines to attract customers to its website, and, therefore, does not constitute a hardcore restriction under Article 4(b) to (d) VBER, to the extent that it does not de facto prevent the effective use of the internet by the buyers or their customers to sell online"⁴¹.

Cette possibilité n'est pas nouvelle et s'appuie sur une jurisprudence qui a considéré que les fournisseurs pouvaient s'opposer à la distribution sur des places de marché (Amazon, Cdiscount, etc...) au seul motif de la préservation de leur image de marque (s'agissant par exemple de produit cosmétiques haut de gamme)⁴².

Une difficulté peut naître du fait que les distributeurs sont souvent constitués en groupe de distribution, qui réunit plusieurs sociétés, chacune signataire d'un contrat de distribution par marque et/ou par point de vente (l'une des conséquences de l'exclusivité imposée *de facto* aux distributeurs).

Ce groupe de distribution a créé un site Internet, qui représente sous l'enseigne du groupe, l'ensemble des activités des sociétés qui le composent et renvoie le cas échéant vers les sites de chaque concession.

Ce site Internet est porté et animé par une société tierce aux contrats de distribution, qui fournit un service d'intermédiation en ligne aux sociétés du groupe engagées dans un contrat de distribution.

La rédaction des lignes directrices devrait prévoir clairement, que le portail développé par le groupe de distribution lui-même, n'entre pas dans la définition de la plateforme tierce.

Cette précision est d'autant plus souhaitable, que le projet de règlement définit le fournisseur de services d'intermédiation en ligne comme un "*fournisseur*", alors que le portail mis en œuvre par le groupe de distribution ne peut pas être regardé comme tel.

⁴¹ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 317, C (2021) 5038 final.

⁴² CJUE, 6 Décembre 2017, aff. C-230/16, Coty c/ Akzente ; Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 8, 13 Juillet 2018, n° 17/20787, Enova c/ Caudalie.

Préambule, point n° 12 :

"Les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne ne devraient pas bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement s'ils exercent une fonction hybride, c'est-à-dire s'ils vendent des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles ils fournissent des services d'intermédiation en ligne. En effet, les activités de vente au détail des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne exerçant une telle fonction hybride ont généralement une incidence sur la concurrence intermarques et peuvent de ce fait poser des problèmes horizontaux non négligeables".

Article 1.1.d). - Définitions :

"«fournisseur», une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne qu'elle soit ou non partie à la transaction qu'elle facilite; «services d'intermédiation en ligne»: les services qui permettent aux entreprises d'offrir des biens ou services à d'autres entreprises ou à des utilisateurs finals, en vue de faciliter les transactions directes entre ces entreprises ou entre ces entreprises et ces utilisateurs finals, que ces transactions soient finalement conclues ou non et indépendamment du lieu où elles l'ont été, et qui constituent des services de la société de l'information au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil".

b) Le constructeur ne peut pas interdire au distributeur de vendre sur Internet

La restriction de la possibilité pour le distributeur de vendre sur Internet n'est pas exemptée.

Article 1.1. - Définitions :

"(l) ventes «actives»: toutes les formes de vente autres que les ventes passives, y compris le ciblage actif de clients par des visites, des lettres, des courriers électroniques, des appels ou d'autres moyens de communication directe ou par l'intermédiaire de la publicité et de la promotion ciblées, hors ligne ou en ligne, par exemple au moyen de supports papier ou numériques, y compris les médias en ligne, les outils de comparaison de prix ou la publicité sur les moteurs de recherche ciblant des clients sur des territoires spécifiques ou des groupes de clients; l'offre sur un site web d'options linguistiques différentes de celles couramment utilisées sur le territoire sur lequel le

distributeur est établi constitue normalement une vente active; de même, l'offre d'un site web dont le nom de domaine correspond à un territoire autre que celui sur lequel le distributeur est établi constitue une vente active ;

(m) ventes «passives»: les ventes faisant suite à des demandes spontanées de clients individuels, y compris la livraison de biens ou de services à ces clients sans avoir lancé la vente au moyen d'une publicité ciblant activement le groupe de clients ou le territoire en question, et la participation à un marché public ;

(n) «restriction des ventes actives ou passives»: une restriction des ventes actives au sens de l'article 1^{er}, point l), ou des ventes passives au sens de l'article 1^{er}, point m). En ce qui concerne la vente de biens et de services en ligne, une restriction qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulée avec d'autres facteurs, a pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'utiliser de manière effective l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne ou d'utiliser de manière effective un ou plusieurs canaux publicitaires en ligne constitue une restriction des ventes actives ou passives, qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulée avec d'autres facteurs sur lesquels l'une ou l'autre des parties peut influencer, a pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou le groupe de clients auquel, les acheteurs peuvent vendre les biens ou les services contractuels ou, dans le cas de la distribution sélective, de restreindre les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché".

Article 4.(c).(iii) Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie - restrictions caractérisées :

"L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet (...) si le fournisseur exploite un système de distribution sélective (...) la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché (...)"⁴³.

Le projet de lignes directrices ajoute que :

"A ban of online sales, as well as restrictions de facto banning or limiting online sales to the extent that these de facto deprive buyers and their customers from effectively using the Internet to sell their

⁴³ Projet de règlement du 9 Juillet 2021, C (2021) 5026 final.

*goods or services online, have as their object to prevent the buyers or their customers from effectively using the internet to sell their goods or services online. Therefore, a restriction capable of significantly diminishing the overall amount of online sales in the market constitutes a hardcore restriction of active or passive sales within the meaning of Article 4(b) to (d) VBER*⁴⁴.

De cet ensemble, peu clair, on peut probablement retenir que selon la Commission, la restriction de la liberté commerciale du distributeur sur Internet, ne serait critiquable qu'à la double condition :

- de priver *de facto* les distributeurs de la possibilité de vendre les produits contractuels sur Internet ;
- dès lors que cette privation emporterait une diminution significative du volume total des ventes en ligne sur le marché⁴⁵.

La problématique doit être envisagée dans les mêmes termes, que l'on considère le distributeur proprement dit, ou que l'on considère le réparateur/apporteur d'affaires.

En pratique, certains contrats exigent du distributeur, qu'il utilise le site Internet et la boutique en ligne mis à sa disposition par le constructeur au sein de son écosystème.

Très schématiquement, le site Internet du distributeur consiste dans une page dédiée sur le site Internet du constructeur.

Le constructeur revendique l'enregistrement des contacts pris avec les clients.

L'exploitation par le distributeur d'un second site Internet, qui lui est propre, demeure possible.

Mais elle est compliquée par l'imposition de normes parfois très lourdes, *a fortiori* dans le cadre d'une exploitation multimarque.

Elle est également contrariée par l'attraction du site contrôlé par le constructeur, souvent mieux référencé, qui aspire une partie de la clientèle du distributeur.

⁴⁴ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 188, C (2021) 5038 final.

⁴⁵ Cette dernière condition est particulièrement troublante, en ce qu'elle évalue une restriction *par objet*, en considérant son effet sur le marché.

Enfin, la coexistence de ces différentes sites Internet renchérit naturellement le coût d'utilisation de ce média.

Dans ces conditions, ce qui fait véritablement problème, tient moins dans la restriction de l'accès à la vente en ligne, que dans l'obligation faite au concessionnaire d'abandonner au constructeur une partie de la clientèle qu'il devrait fidéliser sur ce média.

Ce dispositif illustre le fait que sur Internet, le distributeur et le constructeur se retrouvent dans une relation de concurrence horizontale.

L'encadrement contractuel de l'activité en ligne du distributeur, plus ou moins conforme aux prescriptions du règlement d'exemption, est alors l'occasion pour le constructeur de s'approprier une partie des clients de son distributeur.

C'est là que réside la difficulté.

Elle ne paraît pas prise en compte par le projet de la Commission, qui gagneraient à exclure clairement la possibilité pour le fournisseur, de profiter de l'encadrement contractuel de l'activité commerciale en ligne de son distributeur, pour s'approprier une partie de sa clientèle.

c) Le danger des prix différenciés

La Commission semble avoir radicalement changé d'approche sur la question de la différenciation des prix, selon que le bien est vendu en ligne ou dans un point de vente physique.

Dans ses lignes directrices de 2010, la Commission estimait que :

"La Commission considère donc les situations suivantes comme des exemples de restrictions de vente passive caractérisées, compte tenu de leur capacité de limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients : (...) convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement (...)"⁴⁶.

⁴⁶ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 Mai 2010, point n° 52, 2010/C 130/01.

Elle estime désormais que :

"A requirement that the same buyer pays a different price for products intended to be resold online than for products intended to be resold offline can benefit from the safe harbour of the VBER, in so far as it has as its object to incentivise or reward the appropriate level of investments respectively made online and offline. Such difference in price should be related to the differences in the costs incurred in each channel by the distributors at retail level. To that end, the wholesale price difference should take into account the different investments and costs incurred by a hybrid distributor so as to incentivise or reward that hybrid distributor for the appropriate level of investments respectively made online and offline, as where the wholesale price difference is entirely unrelated to the difference in costs incurred in each channel, such price difference is unlikely to bring about efficiency-enhancing effects. Therefore, where the wholesale price difference has as its object to prevent the effective use of the internet for the purposes of selling online it amounts to a hardcore restriction, as set out in paragraph (188) of these Guidelines. This would, in particular, be the case where the price difference makes the effective use of the internet for the purposes of selling online unprofitable or financially not sustainable"⁴⁷.

Dans l'absolu, le souci de protection du commerce physique dans la concurrence avec le commerce en ligne, paraît louable.

Il reste que la différenciation tarifaire autoriserait le fournisseur à ménager à son distributeur des conditions de marge différentes, selon que le produit est revendu en ligne ou sur Internet.

Dans ce cadre, le fournisseur pourrait ménager à son distributeur des conditions de marge qui le décourageraient de vendre sur Internet, par exemple en lui vendant le même produit plus cher, s'il est destiné à la vente en ligne.

Le texte retenu par la Commission paraît envisager ce risque, sans toutefois proposer de critère d'évaluation objectif.

En l'état de la rédaction des lignes directrices, on peut s'attendre à ce que le déploiement de l'activité du distributeur soit effectivement contrarié par la mise en place d'une différenciation tarifaire qui lui soit défavorable.

⁴⁷ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 195, C (2021) 5038 final.

L'argument de la protection de la distribution physique jouera probablement son rôle auprès des tribunaux, comme il semble l'avoir joué auprès de la Commission.

Cette issue est d'autant plus critiquable, qu'elle se fonde sur une opposition irréductible entre vente en ligne et vente physique, qui n'a plus aucune raison d'être, dans la mesure où aucun distributeur ne peut sérieusement envisager de cantonner son commerce à son établissement physique.

3) Les ventes directes

Le projet de règlement de la Commission envisage la possibilité de ventes directes du constructeur, qui le mettraient en concurrence horizontale avec le distributeur.

Article 1.1.c). - *Définitions* :

"«entreprise concurrente»: un concurrent existant ou potentiel; «concurrent existant»: une entreprise qui opère sur le même marché en cause; «concurrent potentiel»: une entreprise qui, en l'absence de l'accord vertical, pourrait entreprendre, de façon réaliste et non selon une possibilité purement théorique, les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause rapidement en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs".

Article 2 - *Exemption* :

"4. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. En revanche, elle s'applique à tous les aspects d'un accord vertical non réciproque entre entreprises concurrentes si :

(a) le fournisseur est un producteur, un grossiste ou un importateur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise concurrente qui fabrique, vend en gros ou importe et que sa part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné ne dépasse pas [10] % ; ou

(b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas une

entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels et que sa part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné ne dépasse pas [10] %.

5. Si la part de marché cumulée du fournisseur concurrent et de l'acheteur mentionnés à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b) dépasse [10] % sur le marché de vente au détail concerné, mais ne dépasse pas les seuils de part de marché établis à l'article 3, l'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique, sauf en ce qui concerne tout échange d'informations entre les parties, qui doit être évalué selon les règles applicables aux accords horizontaux.

6. Les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), et à l'article 2, paragraphe 5, ne s'appliquent pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet de restreindre la concurrence entre le fournisseur concurrent et l'acheteur.

7. Les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), ne s'appliquent pas si un fournisseur de services d'intermédiation en ligne qui vend également des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles il fournit des services d'intermédiation en ligne conclut un accord vertical non réciproque avec lesdites entreprises concurrentes".

Ainsi, la distribution duale :

- serait exemptée, si la part de marché cumulée du constructeur et du distributeur ne dépasse pas 10 % ;
- pourrait être exemptée dans le cas où cette part de marché serait comprise entre 10 et 30 %, à la condition d'exclure tout échange d'information (sur les clients, par exemple).

En d'autres termes et compte tenu de la part de marché détenue par les principaux constructeurs européens, la mise en œuvre d'un modèle de distribution duale, directe et indirecte, ne paraît pas pouvoir être généralement exemptée.

Les lignes directrices n'envisagent d'ailleurs les ventes directes, que dans les limites d'une activité traditionnellement accessoire et mineure :

"These are typically scenarios where the supplier is mainly active on the upstream market and has limited ancillary activities in the retail market.

In cases where the aggregate market share of the supplier and the buyer in the relevant market at retail level does not exceed [10]%, horizontal concerns are unlikely to arise and any potential impact on horizontal competition between the parties at the retail level is considered of lesser importance than the potential impact of the parties' vertical agreement on general competition at the supply or distribution level"⁴⁸.

Cette approche paraît ignorer les mutations profondes du marché auquel le règlement a vocation à s'appliquer.

Elle explique peut-être l'option des constructeurs pour un modèle dans lequel le distributeur, devenu mandataire, ne peut plus être regardé comme un concurrent.

Ainsi, un pan entier de la distribution sortirait du champ d'application du règlement, la démarche pouvant évidemment inspirer d'autres secteurs.

4) Les intermédiaires

Les lignes directrices de 2010 prévoyaient que les contrats passés avec des "agents"⁴⁹, qui ne sont pas des acteurs économiques indépendants, ne sont pas susceptibles d'entrer dans le champ de l'interdiction des ententes verticales⁵⁰.

Le projet de lignes directrices de 2021 reprend cette idée :

"In certain circumstances, the relationship between an agent and its principal may be characterised as one in which the agent no longer acts as an independent economic operator. This applies where the agent does not bear any or only insignificant financial or commercial risk associated with the contracts concluded or negotiated on behalf of the principal (...). In that case, the agency agreement falls outside the scope of Article 101(1)"⁵¹.

Les modalités de déploiement du mandat sont désormais plus amplement détaillées, pour offrir un cadre légal à la démarche adoptée par les constructeurs.

⁴⁸ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 86, C (2021) 5038 final.

⁴⁹ On préférera le terme de mandataire, dès lors qu'en droit français, l'agent présente des caractéristiques précises, qui ne se retrouvent pas nécessairement dans la définition retenue par la Commission.

⁵⁰ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 Mai 2010, point n° 18, 2010/C 130/01.

⁵¹ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 28, C (2021) 5038 final.

a) Le mandataire ne doit supporter aucun des risques qui caractérisent l'acte de commerce

Le projet de lignes directrices précise que, pour ne pas être regardé comme un commerçant indépendant, le mandataire ne doit supporter aucun des investissements spécifiquement requis pour cette activité :

"(28) There are three types of financial or commercial risk that are material to the categorisation of an agreement as an agency agreement for the purpose of applying Article 101(1).

- First, there are contract-specific risks, which are directly related to the contracts concluded and/or negotiated by the agent on behalf of the principal, such as financing of stocks.

- Second, there are risks related to market-specific investments. These are investments specifically required for the type of activity for which the agent has been appointed by the principal, that is, which are required to enable the agent to conclude and/or negotiate this type of contract. Such investments are usually sunk, which means that upon leaving that particular field of activity the investment cannot be used for other activities or sold other than at a significant loss.

- Third, there are the risks related to other activities undertaken on the same product market, to the extent that the principal requires under the agency relationship that the agent undertakes such activities not as an agent on behalf of the principal, but at its own risk.

(29) For the purposes of applying Article 101(1) TFEU, an agreement will be qualified as a agency agreement if the agent bears no, or only insignificant, risks of the three aforementioned types. (...).

(31) In light of the above, for the purpose of applying Article 101(1), the following list provides examples of features generally found in agency agreements. This is the case where the agent:

(a) does not acquire the property of the goods bought or sold under the agency agreement and does not itself supply the contract services. The fact that the agent may temporarily, for a very brief period of time, acquire the property of the contract goods while selling them on behalf of the principal does not preclude an agency agreement, provided the agent does not incur any costs or risks related to that transfer of property;

(b) does not contribute to the costs relating to the supply/purchase of the contract goods or services, including the costs of transporting the goods. This does not preclude the agent from carrying out the transport service, provided that the costs are covered by the principal;

(c) does not maintain at its own cost or risk stocks of the contract goods, including the costs of financing the stocks and the costs of loss of stocks and can return unsold goods to the principal without charge, unless the agent is liable for fault (for example, by failing to comply with reasonable security measures to avoid loss of stocks);

(d) does not take responsibility for customers' non-performance of the contract (for instance for non-payments by the customer), with the exception of the loss of the agent's commission, unless the agent is liable for fault (for example, by failing to comply with reasonable security or anti-theft measures or failing to comply with reasonable measures to report theft to the principal or police or to communicate to the principal all necessary information available to him on the customer's financial reliability);

(e) does not assume responsibility towards customers or other third parties for loss or damage resulting from the supply of the contract goods or services, unless, as agent, it is liable for fault in this respect;

(f) is not, directly or indirectly, obliged to invest in sales promotion, including through contributions to the advertising budget of the principal or to advertising or promotional activities specifically relating to the contract goods or services;

(g) does not make market-specific investments in equipment, premises, training of personnel or advertising specific to the contract goods or services, such as for example the petrol storage tank in the case of petrol retailing, specific software to sell insurance policies in the case of insurance agents, or advertising relating to routes or destinations in the case of travel agents selling flights or hotel accommodation, unless these costs are fully reimbursed by the principal;

(h) does not undertake other activities within the same product market required by the principal under the agency relationship

(e.g. the delivery of the goods), unless these activities are fully reimbursed by the principal.

(32) Where the agent incurs one or more of the risks or costs mentioned in paragraphs (28) to (31) of these Guidelines, the agreement between the agent and principal will not be qualified as an agency agreement"⁵².

Le projet dernièrement décrit par STELLANTIS s'inspire manifestement de cette liste, confirmant l'intention du constructeur de soustraire désormais la distribution de ses produits aux règles qui encadrent la constitution des réseaux.

La Commission souligne que ces règles sont d'interprétation stricte :

"Since they constitute an exception to the general applicability of Article 101 to agreements between undertakings, the conditions for categorising an agreement as an agency agreement for the purpose of applying Article 101(1) should be interpreted narrowly"⁵³.

En d'autres termes, un écart du constructeur dans la prise en charge des risques attachés à la distribution, pourrait entraîner la requalification du statut du mandataire en distributeur indépendant.

Ce qui aurait pour effet de réintégrer le réseau dans le champ de l'interdiction de principe de l'article 101 (1) du Traité et conditionnerait sa légalité au bénéfice d'une exemption (à titre individuel pour le groupe STELLANTIS, puisque sa part de marché ne lui permet pas de bénéficier de l'exemption par catégorie).

b) Le coût de la distribution est pris en charge par le constructeur

Dans certaines limites cependant.

En premier lieu, le projet de lignes directrices prévoit que la prise en charge des coût afférents à la distribution des produits peut être aménagée, dès lors que le coût éventuellement supporté par le mandataire demeure non-significatif :

"For example, a principal may choose to reimburse the precise costs incurred, or it may cover the costs by way of a fixed lump sum, or it may

⁵² Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, points n° 28, 29, 31, C (2021) 5038 final.

⁵³ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 28, C (2021) 5038 final.

pay the agent a fixed percentage of the revenues from the goods or services sold under the agency agreement"⁵⁴.

Une règle plus claire serait bienvenue, sur le modèle par exemple de l'article 2000 du Code civil français :

"Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable".

En second lieu, la prise en charge par le constructeur des investissements spécifiques du mandataire ne concerne pas les investissements mobilisés pour l'exercice conjoint d'une activité de distributeur indépendant. Apparemment, le constructeur serait tenu de prendre en charge ces investissements, dès lors qu'ils sont requis pour l'exécution du mandat, sans tenir compte du fait qu'ils puissent être par ailleurs employés dans le cadre d'une distribution indépendante :

"To identify the market-specific investments to be reimbursed when entering into an agency agreement with one of its independent distributors that is already active on the relevant market, the principal should consider the hypothetical situation of an agent that is not yet active in the relevant market in order to assess which investments are relevant to the type of activity for which the agent is appointed. The only market-specific investments that the principal would not have to cover would be those that relate exclusively to the sale of differentiated products in the same product market that are not sold under the agency agreement but are distributed independently, by contrast to market-specific investments needed to operate in the relevant product market, which the principal would have to cover in all cases. This is because the agent would not incur the market-specific costs corresponding to the differentiated products if it did not also act as an independent distributor for those products in addition to the products it distributes as an agent, provided that it can operate on the relevant market without selling the former"⁵⁵.

Compte tenu de son importance, la formule gagnerait certainement à être plus explicite.

En second lieu, le coût des investissements spécifiques serait pris en charge pour leur valeur comptable :

⁵⁴ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 33, C (2021) 5038 final.

⁵⁵ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 37, C (2021) 5038 final.

"To the extent that the relevant investments have already been depreciated (e.g. investments in activityspecific furniture), the reimbursement may be adjusted proportionately"⁵⁶.

c) Le commerçant indépendant doit épouser librement le statut de mandataire

La Commission conditionne les bénéfices liés à la conversion du réseau à la liberté du consentement du distributeur :

"For the agreement to be considered an agency agreement for the purpose of applying Article 101, the independent distributor must be genuinely free to enter into the agency agreement (for example the agency relationship must not be de facto imposed by the principal through a threat to terminate or worsen the terms of the distribution relationship)(...)"⁵⁷.

En soi, le modèle contractuel développé par les constructeurs ne paraît pas de nature à susciter l'opposition de principe des distributeurs, paraissant plus rationnel que le modèle déployé sur le schéma de la distribution sélective, en ce qu'il devrait mettre un terme à l'inflation des coûts de structure.

Les problèmes qui demeurent sont ceux de l'appropriation illégitime des données des distributeurs et de l'exclusivité de leur activité future.

Les apporteurs d'affaires sont dans la même situation que les distributeurs, dans la mesure où leur activité est exercée de manière accessoire à celle de réparateur, qui est entreprise de manière indépendante.

Ces problèmes ne sont pas traités par le projet de lignes directrices.

Il reste que dans les conditions actuelles, le consentement des distributeurs est recherché dans un climat plus ou moins contraint, puisque les choix opérés par les constructeurs ne sont pas dans le champ d'une éventuelle négociation.

Très clairement, les membres des réseaux qui ne consentiront pas au changement, seront exposés aux conséquences de leur éviction et de la perte de leur activité, dont on a vu précédemment qu'elle est rarement surmontée.

⁵⁶ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 37, C (2021) 5038 final.

⁵⁷ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 37, C (2021) 5038 final.

Il faut encore indiquer sur ce point, que les constructeurs ont d'ores et déjà recherché et obtenu la signature de contrats et d'avenants qui, sans clairement témoigner d'un changement de modèle, emportent le transfert de la clientèle et organisent dès maintenant l'activité de leurs partenaires dans les conditions d'un mandat (l'orientation obligatoire de l'ensemble des prospects entre dans la qualification du mandat).

La souscription à ces actes, quand elle a été obtenue, a généralement été accompagnées de lettres de réserves, qui témoignent tout à la fois du désaccord du signataire et de l'impossibilité de refuser sa signature.

La condition d'un consentement "*authentiquement libre*" ne paraît pas rapportée et il est à craindre qu'elle ne puisse pas l'être.

Ainsi serait-il sans doute souhaitable que la Commission ajoute à ses lignes directrices, la précision selon laquelle le distributeur doit non seulement être libre de consentir, mais également libre de ne pas consentir, ce qui ne va pas de soi.

Dans cet esprit, **il est impératif qu'existe une alternative.**

En pratique, il conviendrait donc de préciser que la légalité d'une adhésion des distributeurs au statut de mandataire serait également conditionnée par la possibilité effective pour le distributeur :

- de conserver une activité conjointe et concurrente de distributeur indépendant ;
- et de conserver ses données, qu'il s'agisse des clients ou des prospects, sans préjudice de la possibilité de convenir d'un prêt à usage au constructeur, pour la durée de la relation contractuelle et sur la base d'une rémunération équitable.

d) Le risque d'une validation anticipée du changement de modèle

Pour ce qui concerne la mise en œuvre d'un réseau de mandataires, le projet de lignes directrices n'a pas vocation à éclairer le projet de règlement d'exemption des restrictions verticales, puisque l'activité des mandataires est extérieure à son périmètre.

Le chapitre 3.2 du projet de lignes directrices, qui détaille l'hypothèse du déploiement d'un réseau de mandataires, organise *de facto* l'exemption par catégorie des accords pris dans la forme d'un mandat, en prévoyant que :

"In that case, the agency agreement falls outside the scope of Article 101(1)"⁵⁸.

Ce qui paraît un procédé un peu expéditif pour un sujet aussi important.

En tout état de cause, il ne paraît pas conforme aux prescriptions du règlement n° 19/65, qui prévoit que l'exemption par catégorie est prononcée par voie de règlement :

"(...) la Commission peut déclarer par voie de règlement et conformément à l'article 85 paragraphe 3 du traité que l'article 85 paragraphe 1 n'est pas applicable à des catégories d'accords (...)"⁵⁹.

Ce d'autant que la conversion des réseaux existants et les conséquences qu'elle emporte, au premier rang desquels l'éviction des principaux acteurs du marché de la distribution de détail, mérite certainement un encadrement plus sérieux que l'invocation d'une "authentique" liberté d'adhésion des distributeurs, à l'existence de laquelle personne ne peut croire.

Il est pourtant à craindre que dans son état actuel, le chapitre 3.2 du projet de lignes directrices soit tenu par les constructeurs comme le fondement légal du changement de modèle mis en œuvre, dans des conditions qui leur permettraient d'échapper aux critiques.

5) La distribution sélective

L'article 1.1.f). du projet de règlement définit la distribution sélective dans les termes suivants :

"«système de distribution sélective»: un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système"⁶⁰.

⁵⁸ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 28, C (2021) 5038 final.

⁵⁹ Règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 Mars 1965.

⁶⁰ Projet de règlement du 9 Juillet 2021, C (2021) 5026 final.

Le projet de lignes directrices précise que :

"The criteria used by the supplier to select distributors can be qualitative and/or quantitative in nature. Qualitative criteria are objective criteria required by the nature of the product, such as the training of sales personnel, the service provided at the point of sale, and the product range being sold. Quantitative criteria limit the potential number of dealers more directly by, for instance, requiring minimum or maximum sales or fixing the number of dealers"⁶¹.

Cette formulation permet de considérer que la distribution sélective pourrait être opérée :

- sur la base de critères qualitatifs et de critères quantitatifs ;
- aussi bien que sur la base de critères qualitatifs ou de critères quantitatifs.

Ce qui revient à dire que la distribution sélective pourrait être opérée sur la base de critères quantitatifs uniquement, dont la Cour de justice admet qu'ils soient discrétionnairement mis en œuvre par le constructeur⁶².

Cette rédaction exprime un changement avec les termes des lignes directrices de 2010, qui considéraient plus nettement que les critères quantitatifs venaient compléter des critères qualitatifs, par conséquent nécessaires :

"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 fixant directement leur nombre, soit, par exemple, en exigeant un niveau minimal de ventes. Les réseaux basés sur des critères quantitatifs sont généralement considérés comme plus restrictifs que ceux qui reposent uniquement sur une sélection qualitative et, partant, sont davantage susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité"⁶³ ;

⁶¹ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 130, C (2021) 5038 final.

⁶² CJCE, 14 Juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 c/ Jaguar Land-Rover.

⁶³ Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales du 28 Mai 2010, point n° 44, 2010/C 138/05.

"(...) La distribution sélective quantitative ajoute d'autres critères de sélection qui limitent plus directement le nombre potentiel de revendeurs agréés (...)"⁶⁴.

Bien que le projet de lignes directrices se réfère fréquemment aux conditions posées par l'arrêt Metro c/ Saba⁶⁵, son ambiguïté est entretenue par l'opposition apparente des notions de "distribution qualitative" et de "distribution quantitative".

Mieux, la Commission paraît admettre que l'accord bénéficie de l'exemption, sans que la sélection des distributeurs soit opérée sur une base objective, dès lors que la part de marché des parties n'excède pas 30 % :

"Even if they do not meet the Metro criteria, qualitative and/or quantitative selective distribution systems can benefit from the safe harbour, provided the market shares of both the supplier and the buyer each do not exceed 30% and the agreement does not contain any hardcore restriction"⁶⁶.

Cette analyse, qui envisage de manière subreptice que la sélection puisse être opérée de façon discrétionnaire, **emporte l'anéantissement du régime de la distribution sélective**, qui ne se conçoit pas en dehors d'une sélection sur la base de critères objectifs.

En effet, il suffirait désormais au constructeur d'invoquer la mise en œuvre d'un système de distribution sélective quantitative pour s'affranchir en pratique des règles qui gouvernent la distribution sélective et interdire de manière discrétionnaire la revente de ses produits, sans égard pour les principes de liberté du commerce et de liberté d'entreprendre, ni davantage pour la restriction apportée à la concurrence.

Cette approche, qui n'est pas clairement revendiquée mais qui suffit à orienter la jurisprudence des juridictions civiles en France, n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de justice.

L'arrêt rendu par la Cour de justice en 1977, qui fonde la distribution sélective, retient que :

"(...) la Commission a, à juste titre, reconnu que des systèmes de distribution sélective constituaient, parmi d'autres, un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de

⁶⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 Mai 2010, point n° 175.

⁶⁵ CJCE, 25 Octobre 1977, aff. 26/76, Metro c/ Saba.

⁶⁶ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 136, C (2021) 5038 final.

*caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire*⁶⁷.

Cette position a été constamment confirmée :

- "(...) les systèmes de distribution sélective constituent un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire"⁶⁸ ;

- "Afin de garantir que les systèmes de distribution sélective s'inspirent uniquement de cette finalité et ne puissent pas être créés et utilisés en vue d'atteindre des objectifs non conformes au droit communautaire, la Cour a précisé dans son arrêt du 25 octobre 1977 (Metro/Commission, Recueil p. 1875) que ces systèmes sont admissibles "à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif relatifs à la qualification professionnelles du revendeur, de son personnel et de ses installations, et que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire".

*Il s'ensuit que la mise en œuvre d'un système de distribution sélective fondé sur des critères autres que ceux précités constitue une infraction à l'article 85, paragraphe 1*⁶⁹ ;

- "(...) la Cour a déjà relevé que l'organisation d'un tel réseau ne relève pas de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, que les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin, que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire (arrêts du 25 octobre 1977, Metro SB-

⁶⁷ CJCE, 25 Octobre 1977, aff. 26/76, Metro c/ Saba, motif n° 20.

⁶⁸ CJCE, 11 Décembre 1980, aff. 31/80, L'Oréal, motif n° 15.

⁶⁹ CJCE, 25 Octobre 1983, aff. 107/82, AEG Telefunken c/ Commission, motif n° 35.

*Großmärkte/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, point 20, ainsi que du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p. 3775, points 15 et 16)*⁷⁰ ;

- "(...) la Cour a jugé que l'organisation d'un réseau de distribution sélective ne relève pas de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, que les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin, que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire (arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, EU:C:2011:649, point 41 et jurisprudence citée)"⁷¹.

En France, l'Autorité de la concurrence épouse l'analyse de la Cour de justice :

- "L'appréciation de la nature qualitative des critères de sélection des revendeurs requiert nécessairement l'examen des propriétés du produit en cause, afin de vérifier, d'une part, que celles-ci nécessitent, pour préserver la qualité du produit et en assurer le bon usage, un système de distribution sélective et, d'autre part, qu'il n'est pas déjà satisfait à ces objectifs par la réglementation nationale (arrêts de la Cour de justice de l'Union du 11 décembre 1980, *L'Oréal*, 31/80, points 15 et 16, et du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, point 41).

En outre, il importe de s'assurer que les critères imposés ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire (arrêt de la Cour de justice de l'Union du 11 décembre 1980, *L'Oréal*, 31/80, points 15 et 16 ; voir également les arrêts du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, point 41, et du 6 décembre 2017, *Coty Germany GmbH*, C-230/16, points 24, 40 et 43)"⁷² ;

- "Afin d'apprécier les critères de licéité d'un réseau tels qu'ils ont été fixés par la jurisprudence (cf. CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co*, aff. 26-76), les autorités de concurrence doivent pouvoir vérifier, au besoin en accédant à des informations non publiques détenues par la tête de réseau, les conditions dans lesquelles des refus d'agrément ont été opposés à des candidats.

⁷⁰ CJUE, 13 Octobre 2011, aff C-439/09, *Pierre Fabre c/ Autorité de la concurrence*, motif n° 41.

⁷¹ CJUE, 6 Décembre 2017, aff C-230/16, *Coty c/ Akzente*, motif n° 24.

⁷² ADLC, décision n° 18-D-23 du 24 Octobre 2018, *Stihl*, motifs n° 140, 141.

L'objectif est de s'assurer que le choix des opérateurs agréés s'opère en fonction de critères objectifs, relatifs notamment à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, et que ces critères sont fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire"⁷³ ;

- *"Même s'ils « influencent nécessairement la concurrence dans le marché commun » (arrêt de la Cour de justice du 25 octobre 1983, AEG-Telefunken/Commission, 107/82, point 33), les accords dits de distribution sélective, par lesquels un producteur choisit, notamment, de diffuser ses produits ou ses services via des distributeurs préalablement sélectionnés par ses soins, peuvent néanmoins être conformes aux exigences des articles 101 paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce.*

Leur licéité, de même que celle de leurs clauses contractuelles, est soumise au respect de certaines conditions"⁷⁴.

Il paraît donc nécessaire que la Commission rappelle de la façon la plus claire, que les prévisions de ses lignes directrices n'ont pas vocation à allouer aux fournisseurs les bénéfices de la distribution sélective, tout en les dispensant d'en respecter les conditions.

Les accords de distribution sélective emportent par nature une restriction de la concurrence, que la Commission a précisément identifiée et qui est la justification du règlement d'exemption :

"L'applicabilité de l'article 85 paragraphe 1 du traité à des accords de distribution et de service de vente et d'après-vente conclus dans le secteur des véhicules automobiles découle notamment du fait que les restrictions de concurrence et obligations convenues dans le cadre du système de distribution d'un constructeur, et mentionnées aux articles 1^{er} à 4 du présent règlement, sont en règle générale convenues sous une forme identique ou analogue dans l'ensemble du marché commun. Les constructeurs automobiles pénètrent l'ensemble du marché commun, ou des parties substantielles de celui-ci, au moyen d'ensembles d'accords comportant des restrictions de concurrence analogues et ils affectent ainsi non seulement la distribution et le service de vente et d'après-vente à l'intérieur des Etats membres mais aussi le commerce entre ceux-ci"⁷⁵.

⁷³ ADLC, décision n° 19-D-08 du 9 Mai 2019, Hyundai, motif n° 29.

⁷⁴ ADLC, décision n° 19-D-14 du 1^{er} Juillet 2019, Trek, motifs n° 87, 88.

⁷⁵ Règlement CE n° 1475/95 du 28 Juin 1995, point n° 3, JOCE du 29 Juin 1995, L 145/25.

Il faut ajouter que le régime mis en œuvre emporte un cloisonnement des marchés nationaux et une concurrence horizontale sur Internet, qui constituent autant de restrictions par objet.

La première clarification attendue tendrait donc à confirmer que les conditions de la distribution sélective s'imposent quelle que soit la part de marché.

Ainsi conviendrait-il de rappeler que la distribution sélective bénéficie de l'exemption par catégorie, à condition que les distributeurs soient effectivement sélectionnés sur une base objective et que la part de marché des parties n'excède pas 30 %.

La modestie de la part de marché de tel ou tel constructeur ne doit pas permettre de renoncer à l'exigence fondamentale de la distribution sélective, étant observé qu'en pratique, l'impact de l'accord est amplifié par l'effet cumulatif.

La seconde clarification tendrait à rappeler clairement, que la distribution quantitative ne se conçoit que comme une distribution sélective tout à la fois qualitative et quantitative.

Ainsi, un réseau constitué sur la base de seuls critères quantitatifs, au surplus mis en œuvre de manière discriminatoire, ne saurait bénéficier des avantages réservés à la distribution sélective (à défaut, de fait, d'avoir sélectionné les distributeurs).

Ce qui ne devrait pas poser de difficulté, puisqu'en pratique, tous les constructeurs établissent les critères d'une sélection qualitative.

Ces questions ne devraient pas être soulevées par les réparateurs, dont le réseau est en principe gouverné par une sélection qualitative, à l'exclusion de tout critère quantitatif.

Elles s'imposent malheureusement, dans la mesure où comme on l'a vu précédemment, la Cour d'appel de Paris résiste à l'application des règles qui régissent la distribution sélective.

6) Le retrait de l'exemption

Le projet de règlement envisage le retrait de l'exemption dans les termes suivants :

"Si la Commission ou l'autorité de concurrence d'un État membre retire le bénéfice de l'application du présent règlement, il lui incombe de prouver que l'accord vertical en question entre dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité et que cet accord ne remplit pas au moins l'une des quatre conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité"⁷⁶.

Ce dispositif paraît à plusieurs égards critiquable.

En premier lieu, si la preuve de l'existence d'un gain d'efficience se conçoit, il est plus difficile d'imaginer comment démontrer, avec suffisamment de certitude, que de tels gains n'existeraient pas.

En second lieu, le projet de lignes directrices vise les quatre premières conditions exprimées par l'article 101 (3) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, mais ignore purement et simplement les trois dernières :

- l'accord doit réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte ;
- l'accord ne doit pas imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
- ni donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Le dispositif de la Commission devrait prévoir le retrait du bénéfice de l'exemption lorsque ces conditions ne sont pas remplies, puisqu'aux termes de l'article 101 (3), ces conditions sont nécessaires à l'exemption.

Sur ce point, il faut sans doute rappeler que le règlement n° 01/2003, duquel la Commission tient ses pouvoirs, prévoit clairement qu'en matière de retrait du bénéfice de l'exemption, la Commission, et de la même façon l'Autorité nationale, peut :

"(...) retirer le bénéfice d'un tel règlement d'exemption lorsqu'elle estime dans un cas déterminé qu'un accord, une décision ou une pratique concertée visé par ce règlement d'exemption produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité"⁷⁷.

⁷⁶ Projet de règlement du 9 Juillet 2021, point n° 17, C (2021) 5026 final.

⁷⁷ Règlement (CE) n° 1/2003 du 16 Décembre 2002, article 29, JOCE L 1/1 du 4 Janvier 2003.

Il n'y a donc pas lieu d'apporter aux modalités du retrait, des limites qui n'entrent pas dans les prévisions du règlement et qui ne tiennent qu'incomplètement compte des prévisions de l'article 101 (3) du Traité.

En troisième lieu, le dispositif relatif au retrait du bénéfice de l'exemption s'articule mal avec celui de la sanction de l'effet cumulatif :

"Pour déterminer si le bénéfice de l'application du présent règlement doit être retiré en vertu de l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003, les effets anticoncurrentiels qui peuvent résulter de l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès à un marché en cause ou la concurrence à l'intérieur de celui-ci, sont particulièrement importants. Ces effets cumulatifs peuvent, par exemple, se produire dans le cas de l'exclusivité partagée, de la fourniture exclusive, de la distribution sélective et des obligations de parité ou de non-concurrence ;

Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets anticoncurrentiels similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut, par voie de règlement, déclarer le présent règlement inapplicable à des accords verticaux contenant des restrictions déterminées qui sont pratiquées sur le marché en cause, restaurant ainsi la pleine application de l'article 101 du traité à l'égard de ces accords"⁷⁸.

En l'état de la rédaction, un doute existe quant à l'intention de la Commission de soumettre le retrait du bénéfice de l'exemption en cas d'effet cumulatif (points n° 18 et 19 du projet de règlement), aux modalités décrites au point n° 17 précédent, qui conditionnent le retrait à la démonstration d'une complète absence de gains d'efficience.

Il semble par ailleurs que l'efficacité de ce dispositif soit discutable, puisqu'en matière de distribution automobile, l'effet cumulatif d'accords verticaux qui couvrent plus de 50 % du marché constitue la norme depuis de nombreuses années, contribuant aux désordres actuels, sans avoir apparemment suscité de réaction.

Alors même que le retrait peut être prononcé "d'office" par la Commission.

Paris, le 16 Septembre 2021.

⁷⁸ Projet de règlement du 9 Juillet 2021, § 18, 19, C (2021) 5026 final.