

**PATRICE MIHAILOV**  
**AVOCAT A LA COUR**

**163 RUE SAINT-HONORE 75001 PARIS - TEL 01 56 79 10 00 - FAX 01 56 79 10 01**

*e mail : cabinet@mihailov.fr*

## **OBSERVATIONS**

### **SUSCITEES PAR LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION EN DATE DU 22 JUILLET 2009**

Le processus de renouvellement de l'encadrement réglementaire de la distribution, en prévision de l'échéance de Mai 2010, se précise.

Au mois de Juin 2006, l'institut LONDON ECONOMICS a déposé un rapport sur l'évolution du marché de la distribution automobile, depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002.

Bien que ce rapport s'appuie sur des données très minces et en définitive, peu significatives (observation limitée aux années 2003-2004, la période de transition expirant le 30 Septembre 2003), la Commission en a extrapolé un rapport d'évaluation très critique, déposé le 28 Mai 2008.

Les observations des parties intéressées ont été rendues publiques le 21 Novembre 2008, avant qu'au mois de Février suivant, la Commission ne réunisse autour d'une table les principales parties prenantes (memo/09/57).

En parallèle, la crise qui a frappé le marché de l'automobile a fait son œuvre.

Depuis 2005, les constructeurs automobiles ont installé un groupe de réflexion au sein même de la Commission, dénommé CARS 21, présidé par le Commissaire à l'industrie et réunissant les principaux dirigeants de l'industrie automobile européenne.

La distribution n'y était pas représentée.

Le 25 Février 2009, adoptant expressément les orientations définies par le groupe CARS 21, le Conseil a formellement invité la Commission à une évaluation scrupuleuse de son activité législative, afin d'éviter de faire peser des charges administratives inutiles sur les affaires.

Dans le même temps, le Commissaire à la concurrence a déclaré aux personnes qu'elle réunissait à son tour de table, qu'elles pouvaient "*(...) tenir pour certain que nous n'emploierons pas la politique de concurrence à dresser des barrières inutiles en travers des efforts pour aider l'industrie automobile à survivre et s'adapter*" (speech/09/45).

Différentes mesures en faveur de l'industrie ont été prises ou revues à la hausse à cette époque par la Commission, associant les directions de l'industrie et de la concurrence : principes communs sur les primes à la casse, cadre temporaire pour les aides d'Etat, aide à la production de produits verts, mobilisation plus générale de fonds pour le soutien des investissements, pour la prise en charge des coûts sociaux de restructuration, vigilance accrue sur les entraves aux échanges (IP/09/318).

C'est dans ce contexte que le 22 Juillet 2009, la Commission a annoncé son intention de renoncer au renouvellement d'un régime d'exemption spécifique à l'automobile et :

- d'accorder à la vente de véhicules neufs le bénéfice du régime général de l'exemption par catégorie des accords verticaux, au terme d'une période d'adaptation expirant le 31 Mai 2013 (I) ;
- d'accorder au service après vente (entretien, réparation et distribution des pièces de rechange) le bénéfice du régime général de l'exemption par catégorie des accords verticaux, complété de lignes directrices sectorielles, dès le 1<sup>er</sup> Juin 2010 (II).

## **I – LA DISTRIBUTION DES VEHICULES NEUFS**

On distinguera les effets immédiats (1) des effets à plus long terme (2).

### **1) les effets immédiats**

Les effets immédiats de la réforme, tiennent pour l'essentiel dans l'interdiction de la représentation multimarque (a) et le resserrement du contrôle exercé par les constructeurs sur les distributeurs (b).

#### **a) L'interdiction de la représentation multimarque**

Dans le cadre du régime général, la clause de non concurrence bénéficie de l'exemption : le constructeur peut exiger de son distributeur une exclusivité de représentation.

Le droit qui était reconnu au distributeur de représenter d'autres marques n'est plus une condition de l'exemption des contrats.

Partant de l'idée que les constructeurs n'ont aucune raison de ne pas profiter de cette aubaine, on peut donc attendre que les contrats de distribution intègrent tous une clause de non concurrence.

Deux précisions s'imposent.

Sauf évolution contraire du projet de règlement général, l'exemption ne profiterait qu'aux constructeurs dont la part de marché n'excède pas 30 %.

Ce qui tendrait à exclure les marques du groupe PSA du bénéfice de l'exemption en France, où leur part de marché dépasse 32 % (et de la même manière, les constructeurs qui disposent d'une place prépondérante sur leur marché domestique).

Par ailleurs, la clause de non concurrence n'est exemptée que pour une durée de cinq ans, ce qui laisserait à penser que l'interdiction de représenter une marque concurrente ne survivrait pas au-delà de cette échéance.

En réalité, on ne peut exclure que la clause soit reconduite par la conclusion d'un avenant.

A défaut et dans la mesure où le règlement ne considère comme un engagement de non concurrence que les obligations qui couvrent plus de 80 % des achats annuels du distributeur, le constructeur pourrait continuer d'exiger du distributeur qu'il lui réserve la quasi totalité de son activité, dans une mesure qui interdirait en pratique la représentation d'une autre marque.

De sorte que la définition d'une obligation limitée dans le temps reste strictement théorique et sera vraisemblablement démentie par la pratique.

#### **b) Le resserrement du contrôle exercé par les constructeurs sur les distributeurs**

Les dispositions censées limiter l'emprise des constructeurs sur les concessionnaires, progressivement établies à l'occasion de l'adoption des règlements n° 123/85, 1475/95 et 1400/2002, sont purement et simplement abandonnées.

La possibilité de céder librement à un autre distributeur agréé, l'indication des raisons objectives et transparentes de la résiliation, la durée minimum d'au moins cinq ans (ou durée indéterminée avec préavis de deux ans), le versement d'une indemnité appropriée, la clause d'arbitrage, la liberté d'établissement, ne conditionnent plus le bénéfice de l'exemption.

De sorte que les constructeurs seront libres de rétablir dans leur contrat les clauses d'*intuitu personae*, de résiliation sans motif et de localisation des installations du distributeur.

Le contrôle est évidemment renforcé par l'exclusivité de représentation : tous les œufs seront dans le même panier.

Les abus liés au développement des systèmes de marge variable et à la surveillance comptable et commerciale des entreprises des distributeurs, qui contribuent pour l'essentiel à leur dépendance, ne sont pas critiqués par la Commission.

La Commission explique qu'il n'entre pas dans ses attributions de régler le contenu des accords de distribution lorsqu'il tend à rétablir une forme d'équilibre entre les parties et que son intérêt se limite aux clauses susceptibles d'entraver le comportement concurrentiel des distributeurs (Etude d'impact, p. 22).

En l'occurrence, les clauses disputées, qui constituent l'article 3 du règlement n° 1400/2002, concernent sans aucun doute l'équilibre de la relation contractuelle entre les parties.

Mais de façon non moins certaine, elles constituent également des entraves directes ou indirectes au comportement concurrentiel des distributeurs, comme la Commission l'a expressément rappelé dans les attendus de ses précédents règlements.

Ayant ainsi identifié les restrictions apportées par les constructeurs à l'initiative concurrentielle des distributeurs, la Commission doit préciser les clauses qui peuvent ou non figurer dans les accords dont elle envisage l'exemption par catégorie, conformément aux termes de l'article 1.2 du règlement n° 19/65.

## **2) Les effets à plus long terme**

L'entrée en vigueur de la réforme et l'adaptation correspondante des pratiques contractuelles auront pour effet de verrouiller (a) et de cloisonner le marché (b), et en définitive, de permettre une augmentation des profits des constructeurs, aux dépens des consommateurs (c).

### **a) Verrouiller le marché**

Animés de la même volonté de profiter en totalité des avantages que leur propose le nouveau règlement, les constructeurs seront conduits à définir des contrats semblables : distribution sélective quantitative (et pourquoi pas, distribution

sélective avec exclusivité territoriale), exclusivité de représentation, durée déterminée.

Dans l'hypothèse où les contrats seraient conclus pour une durée de cinq ans, le marché serait purement et simplement fermé aux entrants potentiels que sont les nouveaux constructeurs chinois, indiens ou comme GENERAL MOTORS, américains.

L'introduction d'un seuil de 30 % applicable à la part de marché détenue par le distributeur, au-delà duquel le bénéfice de l'exemption ne serait plus accordé, est également de nature à contrarier la croissance des groupes de distribution.

Etant observé qu'après avoir favorisé leur essor, les constructeurs les présentent désormais comme une menace pour la concurrence (Rapport d'évaluation, document de travail n° 2, p. 17).

On se trouverait alors dans l'hypothèse de restrictions significatives à l'accès au marché, par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales, de nature à justifier le retrait pur et simple du bénéfice de l'exemption.

Le projet de règlement général d'exemption intègre un dispositif semblable à celui qui figure à l'article 6 du règlement n° 2790/1999, qui prévoit pour la Commission la possibilité dans ces circonstances, de retirer le bénéfice de l'exemption.

Toutefois, pareil dispositif figure également à l'article 7 du règlement n° 1400/2002, sans que la Commission n'en ait jamais fait aucun usage.

## **b) Cloisonner le marché**

Le marché est cloisonné.

La Commission reconnaît expressément :

- que les différences de prix se sont accrues de manière significative en 2008 (Etude d'impact, pp. 15, 21) ; à titre d'exemple, un même modèle de PEUGEOT 207 vaut 8.500 euro H.T. ou 12.600 euros H.T., selon qu'il est acheté au Royaume Uni ou en Allemagne (Car price report, au 1<sup>er</sup> Janvier 2009) ;

- que la plupart des constructeurs appliquent des marges différentes d'un Etat membre à l'autre (Rapport d'évaluation, document de travail n° 2, p. 16), ce constat achevant de ruiner l'image trompeuse de la convergence des tarifs ;
- qu'elle n'a pas pu obtenir les informations lui permettant de mesurer précisément l'importance des ventes transfrontalières, qu'elle estime à moins de 1 % (Rapport d'évaluation, document de travail n° 2, p. 24).

L'activité des mandataires est désormais sous contrôle :

- les constructeurs ont placé des obstacles contractuels à la revente aux intermédiaires (pour l'exemple, le paiement de certaines primes est conditionné à la remise du véhicule sur l'aire de livraison du distributeur) ;
- ils sont parvenus à discipliner les plus gros opérateurs (sur Internet) en leur vendant directement des véhicules neufs (à des prix très inférieurs à ceux consentis aux distributeurs agréés, les constructeurs entretenant ainsi un commerce parasitaire aux dépens de leurs partenaires du réseau) ;
- les mandataires ont renoncé à faire l'intermédiaire entre distributeurs agréés d'Etat membres différents.

Le cloisonnement des marchés permet aux constructeurs d'optimiser leurs profits, en relevant leurs tarifs sur leur marché domestique.

Plus généralement, il contribue à neutraliser la concurrence par les prix à l'intérieur du réseau, sur le marché "*unique*".

Il est frappant de constater que les sites Internet des distributeurs – il est vrai, généralement hébergés par les constructeurs – ne communiquent jamais sur les prix.

Le projet de la Commission ne prévoit aucune régulation de ces pratiques.

Au contraire, en autorisant le renforcement du contrôle exercé sur leurs distributeurs et en affirmant de la manière la plus appuyée sa complète indifférence au déséquilibre de la relation contractuelle, la Commission a pris le parti de légitimer la discipline de réseau et les avantages qu'en retirent les constructeurs.

### **c) Augmenter les prix**

Le passage à une distribution par principe exclusive, répond au désir de tous les constructeurs de disposer d'une complète maîtrise commerciale et financière de leur réseau, complètement débarrassée des résistances qui peuvent subsister chez les distributeurs multimarques.

En outre, dans un contexte de banalisation de la production, dans lequel des véhicules de marque différente sont construits à partir de plateformes et de modules identiques, la différenciation des produits est de plus en plus contingente de l'image de marque et de l'environnement créé autour du produit.

L'image de marque permet d'augmenter le prix, sans amélioration corrélative des qualités intrinsèques du produit.

Et son coût est largement reporté sur les distributeurs.

Ces orientations, qui tendent conjointement à contenir la rémunération du distributeur tout en augmentant la charge de ses investissements, ont pour effet mécanique d'augmenter les prix (augmentation du prix catalogue, mais aussi, baisse du taux de remise client, augmentation des frais de livraison et des tarifs pratiqués sur l'entretien).

Selon la Commission, la forte augmentation des coûts de structure enregistrée depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002, trouverait sa source dans les risques de dilution de l'image et de parasitisme, que la représentation multimarque ferait peser sur les constructeurs (Etude d'impact, p. 14).

Cette justification est d'autant moins crédible que la Commission a elle-même reconnu que la représentation multimarque - sur le modèle du showroom unique - était très minoritaire dans la distribution (moins de 5 % de l'ensemble des distributeurs de l'Union européenne : Etude d'impact, p. 13).

En réalité, l'élévation des standards a été requise par le passage d'un modèle de distribution exclusive à un modèle de distribution sélective, par définition plus ouvert, que les constructeurs ont logiquement interprété comme une atteinte à leur maîtrise du réseau.



Enfin, la Commission paraît éluder le fait incontournable, que la représentation exclusive, qui permet de multiplier à l'infini les critères de sélection, est plus onéreuse que la représentation multimarque.

Il suffit pour s'en convaincre, de relever avec la Commission, qu'elle se retrouve en général dans les zones où le potentiel commercial ne suffit pas à la création de points de vente exclusifs, et dans les cas où les marques elles-mêmes ne disposent que d'une part de marché modeste (Etude d'impact, pp. 13, 14).

En d'autres termes, l'adoption d'un régime favorisant l'interdiction de la représentation multimarque, aura un coût.

Ce coût sera supporté par les consommateurs.

## **II – LE SERVICE APRES-VENTE**

Le projet de réforme de la Commission marque le retrait du soutien apporté par le règlement à la réparation indépendante (1), ainsi qu'aux équipementiers (2) et son remplacement par des lignes directrices (3).

### **1) La réparation indépendante**

L'article 4.2 ("*Restrictions caractérisées*") conditionnait l'exemption des réseaux officiels à la possibilité pour les réparateurs indépendants d'accéder aux informations techniques, aux équipements de diagnostic, à l'outillage spécialisé, aux programmes et à la formation nécessaires à l'entretien et la réparation des véhicules.

Cet accès devait être aménagé sans discrimination, rapidement et de façon proportionnée, c'est-à-dire dans les mêmes conditions pratiquement qu'à l'égard des réparateurs agréés.

Le dispositif disparaît purement et simplement du régime applicable l'année prochaine.

La Commission minimise les effets de cette perte, en faisant valoir que depuis le 1<sup>er</sup> Septembre 2009, le règlement n° 715/2007 sur la réception des véhicules fait obligation aux constructeurs de fournir dans les mêmes conditions l'information technique aux réparateurs indépendants.

Il reste que ce texte, qui n'est pas assorti de sanction (les Etats membres ont la charge de les définir), ne prévoit aucune obligation au titre de l'outillage ou de la formation.

De même, qu'il ne prescrit aucune obligation au titre des véhicules réceptionnés avant son entrée en vigueur, qui constituent nécessairement l'essentiel du parc roulant.

En sorte que l'accès au marché de la réparation indépendante est désormais considérablement restreint.

## **2) Les équipementiers**

De la même manière, le règlement n° 1400/2002 conditionnait le bénéfice de l'exemption à la possibilité pour les distributeurs d'acquérir des pièces de rechange d'origine auprès des équipementiers directement.

Cette contrainte disparaît du dispositif applicable dès 2010.

La Commission fait valoir sur ce point, que dans la mesure où le constructeur dispose généralement d'une part de marché supérieure à 30 %, la stipulation d'une clause de non concurrence qui interdirait au distributeur de diversifier son approvisionnement ne pourrait pas bénéficier de l'exemption.

Il reste qu'aux termes du règlement général, la stipulation d'une obligation d'achat qui n'excède pas 80 % du volume annuel du distributeur n'est pas regardée comme une obligation de non concurrence, alors même qu'elle contrarie effectivement sa diversification.

Dans l'hypothèse d'un contentieux avec le constructeur, l'émancipation du distributeur supposerait la démonstration en justice du caractère anticoncurrentiel de la restriction apportée à sa liberté d'approvisionnement, ainsi que la contestation du bénéfice d'une exemption.

Ce qui paraît bien éloigné des objectifs de simplicité et de sécurité revendiqués par la Commission.

### **3) Les lignes directrices**

Consciente des difficultés soulevées par la suppression du cadre réglementaire mis en place en 2002, la Commission ajoute qu'elle fournira des lignes directrices sectorielles, précisant "*(...) les circonstances dans lesquelles les restrictions en question pourraient faire entrer les accords sous-jacents dans le champ de l'interdiction (...)*" (Communication du 22 Juillet 2009, p. 11).

La valeur juridique de ces lignes directrices est nulle.

Elles présentent d'autant moins d'intérêt, qu'elles n'engagent même pas la Commission, qui se reconnaît le droit de soutenir des interprétations exactement inverses (CJCE, 7 Septembre 2006, Audi c/ Skandinavisk Motor).

La Commission fait également valoir que les constructeurs se seraient engagés dans l'élaboration d'un code de bonne conduite "*(...) contenant certaines dispositions fondamentales dérivées de l'actuel règlement (CE) n° 1400/2002*" (Communication du 22 Juillet 2002, p. 12).

Cette initiative – dont on attendra de connaître le résultat – souffre des mêmes handicaps que les lignes directrices.

Pour autant, l'élaboration de ce code de bonne conduite pourrait donner lieu à une norme véritablement utile, à la double condition d'être le produit d'une négociation avec la distribution et d'être soumis à l'homologation du Gouvernement français, exprimée par un décret dans les conditions de l'article L 420-4.II du Code de commerce.

### **EN CONCLUSION**

La réforme envisagée par la Commission s'inscrit probablement dans le cadre d'un plan plus large, de soutien à l'industrie automobile en Europe.

Si la préoccupation de la Commission paraît légitime, compte tenu de l'importance stratégique de ce secteur d'activité, elle n'en inspire pas moins des réserves importantes.

Aux remarques exprimées précédemment, s'ajoutent les deux interrogations suivantes.

En premier lieu, il faut considérer que la crise que traversent les constructeurs automobiles tient pour une large part dans la surcapacité chronique de la production.

La Commission en convient clairement :

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

L'industrie a été frappée d'autant plus durement, qu'elle n'a pas suffisamment anticipé l'évolution de la demande, ni l'augmentation des contraintes environnementales.

En autorisant les constructeurs à accroître de manière exceptionnelle le contrôle de leur distribution, la Commission a permis aux constructeurs de s'affranchir des lois du marché.

Depuis des années, ces derniers évoluent dans un environnement artificiel, au sein duquel les clients ne sont pas les consommateurs mais les distributeurs, avec cet avantage extraordinaire que les constructeurs décident du volume d'achat des premiers, à défaut de pouvoir agir aussi efficacement sur les seconds.

La bulle a éclaté, sans susciter la moindre remise en cause.

En second lieu, il apparaît que dans un contexte concurrentiel dont la Commission admet quand même qu'il demeure imparfait, la réforme envisagée consiste dans l'exemption de comportements anticoncurrentiels, qui avaient été progressivement encadrés en 1985, en 1995, puis en 2002.

En d'autres termes, le projet de la Commission, ne tend pas à autre chose qu'à autoriser un recul de la concurrence.

En admettant même que cette réduction de la concurrence soit justifiée par les circonstances exceptionnelles que nous traversons, on peut douter que l'action de la Commission s'inscrive dans les limites que lui fixe l'article 81-3 du Traité, qui réserve l'exemption à différentes conditions, dont la réunion n'est pas clairement établie.

A Paris, le 25 Septembre 2009.

**PATRICE MIHAILOV**  
**AVOCAT A LA COUR**

**163 RUE SAINT-HONORE 75001 PARIS - TEL 01 56 79 10 00 - FAX 01 56 79 10 01**

*e mail : cabinet@mihailov.fr*

**COMMENTS**  
**ON THE COMMUNICATION OF THE COMMISSION**  
**OF JULY 22, 2009**

The process of renewing the automotive distribution regulation, in anticipation of May 2010, goes precisising.

In June 2006, the LONDON ECONOMICS Institute deposed a report about the automotive market evolution, since the enforcement of regulation n° 1400/2002.

Though that report relays on datas that appears very thin and finally, not much significant (observation restricted to years 2003-2004, the transition periode expiring the September 30, 2003, the Commission built on it an evaluation report deposed on May 28, 2009, which is very critical.

The observations of the interrested parties have been published on November 21, 2008, before that in following February, the Commission has invited different stakeholder to a rountable (memo/09/57).

In parallel, the crisis that has hit the automotive market, has made its work.

Since 2005, automakers have set up a brainstorming group inside the Commission, called CARS 21, presided by the Commissioner for industry and joining the main executives of the european automobile industry.

Distributors weren't represented.

On February 25, 2009, specifically adopting the guidances settled by the CARS 21 group, the Council has formally invited the Commission to make a scrupulous assessment of its regulatory activity, in order to avoid an excessive administrative burden to weigh on business.

At the same time, the Commissioner for competition has declared to the participants to its roundtable, that they "*(...) 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*" (speech/09/45).

Different measures in favor of industry have been taken or revised upwards at this time by the Commission, associating directorates of industry and of competition : common principles on scrapping bonuses, temporary settlement for state aids, support to the manufacture of green products, general fundraising for support social costs of restructuring, increased vigilance on the barriers to trade (IP/09/318).

In this context, July 22, 2009, the Commission has announced its intent to renounce to the renewal of a exemption regime specific to the automotive and :

- to grant the sale of new vehicles the benefit of the general scheme of the block exemption for vertical agreements, after an adjustment period expiring May 31, 2013 (I) ;
- to provide after sales service (maintenance, repair and distribution of spare parts) the benefit of the general scheme of the block exemption for vertical agreements, supplemented by sectoral guidelines, from 1 June 2010 (II).

## **I - DISTRIBUTION OF NEW VEHICLES**

We distinguish the immediate effects (1) and the effects in the longer term (2).

### **1) The immediate effects**

The immediate effects of the reform, due mainly to the prohibition of multirepresentation (a) and tighter control exercised by the manufacturers on dealers (b).

#### **a) The prohibition of multi-representation**

In the general scheme, the non-compete clause has the exemption : the manufacturer may require a distributor of exclusive representation.

The right that was recognized to distributors to represent other brands, is no longer a condition for exemption of the contracts.

Starting from the idea that manufacturers have no reason not to take advantage of this windfall, we can expect that the distribution agreements incorporate all a non-compete clause.

Two clarifications are needed.

Unless otherwise changing of the draft general regulation, the exemption would benefit only to manufacturers whose market share does not exceed 30 %.

This would tend to exclude the marks of PSA from benefit of exemption in France, where their market share exceeds 32 % (and in the same way, manufacturers that have a prominent place on their home market).

Furthermore, the non-compete clause is exempted for a period of five years, which would suggest that the ban to represent a competing brand would not survive beyond that date.



In reality, we can not exclude that the clause could be extended through the conclusion of an addendum.

Insofar as the regulation is only considering as a non competition clause the obligation that covers more than 80 % of annual purchases of the distributor, the manufacturer would continue to require the distributor to reserve him almost all its activity, in a measure that would ban in practice the representation of another brand.

So the definition of a limited duty time is strictly theoretical and will probably be contradicted by the practice.

#### **b) The tightening of the control exercised by manufacturers on distributors**

The provisions designed to limit the influence of manufacturers on dealers, gradually established during the adoption of regulations n° 123/85, 1475/95 and 1400/2002, are simply abandoned.

The ability to freely transfer to another authorized dealer, the specifying of the objective and transparent reasons for termination, the minimum duration of at least five years (or indefinitely with a two years notice), the payment of an appropriate compensation, the arbitration clause, the freedom of establishment, no longer determine the benefit of the exemption.

So manufacturers are free to reinstate in their contracts clauses of personal intuition, termination without cause and location of the distributor.

The control is clearly enhanced by the exclusivity of representation : all eggs are in the same basket.

The abuses associated with the development of systems of varying margin and oversight of distributors accounting, which contribute largely to their dependency, are not criticized by the Commission.

The Commission says it is not within its powers to regulate the content of distribution agreements when it tends to restore some form of balance between the parties and that its interest is limited to clauses which may impede the competitive behavior of distributors (Impact Study, p. 22).

In this case, the disputed clauses, which are Article 3 of Regulation n° 1400/2002, undoubtedly affect the balance of the contractual relationship between the parties.

But no less certain, they must also be regarded as direct or indirect barriers to competitive behavior of retailers, as the Commission has expressly noted in the grounds of its previous regulations.

Having identified the restrictions imposed by manufacturers to distributors competitive initiative, the Commission must specify the clauses which may or may not appear in the agreements to benefit of the exemption, pursuant to Article 1.2 of Regulation No. 19/65.

## **2) Effects in the longer term**

The entry into force of the reform and the adaptation of relevant contractual practices will have the effect of lock (a) and partition of the market (b), and ultimately allow an increase of profits for manufacturers, at the expense of consumers (c).

### **a) To lock the market**

Animated by the same desire to enjoy fully the benefits that propose new regulation, manufacturers will be conducted to establish similar contracts : quantitative selective distribution (and why not, selective distribution with territorial exclusivity), exclusive representation, terminated duration.

Assuming the contracts are concluded for a period of five years, the market would simply be closed to potential entrants that are the new manufacturers from China, India or even from United States (GENERAL MOTORS).

The introduction of a threshold of 30 % applicable to the market share held by the distributor, beyond which the benefit of the exemption would be granted, is also likely to thwart the growth of distribution groups.

After having been fostered their growth, the manufacturers present now distribution groups as a threat to competition (Assessment Report, Working Paper n° 2, p. 17).

We would be then in the event of significant restrictions on market access, by the cumulative effect of parallel networks of vertical restraints, such as to justify the outright withdrawal of the benefit of the exemption.

The draft general block exemption regulation incorporates a device similar to that contained in article 6 of regulation n° 2790/1999, which provides for the Commission the opportunity in these circumstances, to remove the benefit of the exemption.

However, such a device is also included in article 7 of regulation n° 1400/2002, but the Commission never ever made any use of it.

#### **b) To partition the market**

The market is fragmented.

The Commission expressly recognized :

- that the price differences have increased significantly in 2008 (Impact Assessment, pp. 15, 21), for example, one model PEUGEOT 207 is 8,500 euros H.T. or 12,600 euros H.T., depending on whether it is bought in the UK or Germany (Car price report from January 1, 2009) ; -
- that most manufacturers apply different margins of a Member State to another (Assessment Report, Working Paper n° 2, p. 16), this finding completing to ruin the misleading picture of the convergence of rates ;
- that it could not obtain the information enabling it to accurately measure the importance of cross-border sales, that it estimates to less than 1 % (Assessment Report, Working Paper No. 2, p. 24) .

The activity of intermediates is now under control:

- manufacturers have placed obstacles to contractual resale to intermediates (for example, payment of certain bonuses is conditioned upon delivery of the vehicle on the delivery area of the distributor) ;
- they are able to discipline the largest operators (Internet) by selling them new vehicles directly (selling at prices much lower than those granted to authorized dealers, manufacturers maintain a parasitic business at the expenses of their network partners) ;
- intermediates have renounced to mediate between authorized distributors from different Member States.

The partitioning of the market allows manufacturers to maximize their profits by raising their prices on their domestic market.

More generally, it helps to counteract price competition within the network on the "*unique*" market.

It is striking that the websites of retailers - indeed, usually hosted by the manufacturers - never communicate on prices.

The Commission's draft contains no regulation of these practices.

Instead, by allowing greater control over their dealers and affirming its complete indifference to the imbalance of the contract, the Commission has resolved to legitimize the discipline of network and its benefits for the manufacturers.

### **c) To increase the prices**

The transition to an exclusive distribution addresses the desire of all manufacturers to have a complete commercial and financial control of their network, completely free of the resistance that may exist among multibrand dealers.

In addition, in a context of standardization of production, in which vehicles of different brands are built on identical platforms and modules, products differentiation is increasingly contingent of branding and of the environment created around the product.

The brand will increase the price without corresponding improvement of the intrinsic qualities of the product.

And its cost is largely carried over to distributors.

These guidelines, which tend to hold together the remuneration of the distributor while increasing the burden of investment, have the automatic effect of increasing the price (catalog price increase, but also decrease of the customer discount, increased delivery and maintenance costs).

According to the Commission, the sharp increase in structural costs recorded since the entry into force of regulation n° 1400/2002, find its source in the risk of diluting the image and parasitism, that the multi-representation would burden the manufacturers (Impact Study, p. 14).

This justification is even less credible than the Commission itself has recognized that the multi-representation – the unique showroom model – was concerning a minority of distributors (less than 5 % of all distributors of the European Union : Impact Study, p. 13).

In reality, higher standards were required by the passage of an exclusive distribution model to a model of selective distribution, by definition, more open, that manufacturers have logically interpreted as an attack on their control of the network.

Finally, the Commission appears to avoid the inescapable fact that the exclusive representation, which can multiply indefinitely the selection criterias, is more expensive than the multi-representation.

Just to be convinced, it suffices to note with the Commission that the multirepresentation is typically found in areas where market potential is not sufficient for the creation of exclusive outlets, and where the marks themselves have only a modest market share (Impact Assessment, pp. 13, 14).

In other words, adopting a regime favoring the prohibition of multirepresentation, has a cost.

This cost will be borne by consumers.

## **II - THE AFTER-SALES SERVICE**

The proposed reform of the Commission marks the withdrawal of support by the regulation to the independent repair (1), as well as OEMs (2) and its replacement by guidelines (3).

### **1) The independent repair**

Section 4.2 ("*Restrictions characterized*") conditioned the exemption of official networks to the possibility for independent repairers to access to technical information, diagnostic equipments, specialized tools, programs and training necessary to the maintenance and repair of vehicles.

This access should be constructed without discrimination, rapidly and in a proportionate way, that is to say virtually in the same conditions than those enjoyed by approved repairers.

The device simply disappears from the regime applicable next year.

The Commission is downplaying the effects of this loss, arguing that since September 1, 2009, regulation n° 715/2007 on type approval of motor vehicles requires manufacturers to provide under the same conditions the technical information to independent repairers.

Nevertheless, this text, which is not accompanied by penalty (Member States are responsible for the set), contains no obligation for diagnostic equipments, specialized tools, or training.

Similarly, it does not prescribe any requirement for vehicles approved before its entry into force, which necessarily constitutes the bulk of the fleet.

So, the market access to independent repair is now greatly restricted.

## **2) The OEMs**

Similarly, regulation n° 1400/2002 conditioned the benefit of the exemption to the possibility for distributors to acquire spare parts from original equipment manufacturers directly.

This constraint disappears from the applicable provisions of 2010.

The Commission argues on this point, that since the builder usually has a market share exceeding 30 %, the stipulation of a non-compete clause that prohibits the distributor to diversify its supply could not benefit from exemption.

It remains that under the general regulation, the stipulation of a purchase obligation that does not exceed 80 % of the annual volume of the distributor is not regarded as an obligation not to compete, even though it actually thwarts diversification.

In the event of a dispute with the manufacturer, distributor emancipation would require the demonstration in justice of the anticompetitive nature of the restriction on his freedom of supply and require also to challenge the benefit of an individual exemption.

What seems far removed from the goals of simplicity and security claimed by the Commission.

## **3) Guidelines**

Aware of the difficulties raised by the removal of the regulatory framework established in 2002, the Commission says it will provide sectoral guidelines, stating "*(...) the circumstances in which the restrictions in question could bring the underlying agreements in the scope of the prohibition (...)*"(Communication of July 22, 2009, p. 11).

The legal value of these guidelines is zero.

They have even less interest, that they not even bind the Commission, which recognizes itself the right to support interpretations of exactly the opposite (ECJ, September 7, 2006, Audi v Skandinavisk Motor).

The Commission also argues that manufacturers would have incurred in developing a code of conduct that "(...) contains some key provisions derived from the existing Regulation (EC) No 1400/2002" (Communication of July 22 2002, p. 12).

This initiative - which we will expect to know the result - suffers the same disadvantages as guidelines.

However, developing this code of conduct could lead to a truly useful standard, at the double condition of being the product of a negotiation with distribution and being subject to the approval of the French Government, expressed by a decree in terms of article L 420-4.II commercial Code.

## **IN CONCLUSION**

The reform proposed by the Commission probably falls under the broader project to support the automotive industry in Europe.

If the Commission's concern seems legitimate, given the strategic importance of this sector, it does not inspire less significant reserves.

In remarks made earlier, added the two following questions.

First, we must consider that the crisis facing automakers is in large part due to the chronic overcapacity of production.

The Commission clearly agrees :

*"Overall, the industry has been hit hard, mainly because she was already suffering from structural overcapacity"* (Communication of July 22, 2009, p. 3).



The industry was hit especially hard, because it did not sufficiently anticipated the changing demands or increasing environmental constraints.

By allowing manufacturers to increase an outstanding control of their distribution, the Commission has allowed manufacturers to overcome the laws of the market.

For years, they operate in an artificial environment, in which customers are not consumers but retailers, with the extraordinary advantage that manufacturers decide the volume purchased by their distributors, failing to act as effectively on customers.

The bubble has burst, without arousing the slightest challenge.

Secondly, it appears that in a competitive environment that the Commission admits that it still remains imperfect, the proposed reform is the exemption of the anticompetitive behavior that had been gradually regulated in 1985, 1995 and 2002.

In other words, the Commission's draft, did not tend to allow anything but a decline in competition.

Even assuming that the reduction of competition is justified by the exceptional circumstances that we are experiencing, it is doubtful that the Commission's action falls within the limits set by the article 81-3 of the Treaty, which reserves the exemption to various conditions, that are not clearly gathered.

In Paris, September 25, 2009.