



LE PROJET D'AMENDEMENT DES LIGNES DIRECTRICES RELATIF A L'ECHANGE D'INFORMATIONS DANS LA DISTRIBUTION DUALE

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

La question de l'échange d'informations entre le distributeur et le constructeur est aujourd'hui au coeur du changement de modèle économique de la distribution.

Se détournant de la distribution indirecte, les constructeurs s'engagent dans la vente directe de leurs produits, pour se poser en revendeurs et concurrencer leurs distributeurs.

Le mouvement est d'autant plus ambitieux que, profitant de l'ascendant que le contrat leur procure sur les distributeurs, les constructeurs entendent s'approprier une part croissante de l'activité de leurs partenaires dans tous les métiers de l'automobile, sans exception : véhicules neufs, financement, location, entretien et réparation, pièces de rechange, véhicules d'occasion.

Sans attendre de connaître l'évolution du cadre réglementaire de leur activité, les constructeurs ont d'ores et déjà entrepris d'intégrer dans leur propre base de données les fichiers clients des distributeurs et réparateurs.

Dans ce contexte, les projets de règlement général d'exemption et de lignes directrices publiés au mois de Juillet 2021, ont prévu d'accorder le bénéfice de l'exemption aux échanges d'informations lorsque la part de marché cumulée des parties ne dépasse pas 10 %.

On comprend que ce projet a suscité quelques objections.

Le 4 Février 2022, la Commission a publié une proposition d'amendement, qui semble emporter la renonciation pure et simple au seuil de 10 %, accordant désormais le bénéfice de l'exemption aux échanges d'informations qui sont "*nécessaires à l'amélioration de la production ou de la distribution, dans le cadre du contrat conclu entre les parties*"¹.

¹ points n° 9 et 10 du projet du 4 Février 2022.

Deux critères, par conséquent : le caractère nécessaire et l'existence de gains d'efficience.

1) Les nouveaux critères sont inefficaces

a) La proposition de la Commission tend à remplacer un critère objectif - le seuil de 10 % - par un critère subjectif - la nécessité et l'utilité -.

Chargés de contrôler la légalité d'un transfert de données, deux juges, *a fortiori* établis l'un et l'autre en des points différents de l'Union européenne :

- auront vraisemblablement la même opinion quant au dépassement ou non du seuil, puisque ce critère est factuel ;
- pourront en revanche avoir une opinion différente sur le point d'évaluer la nécessité ou l'utilité du transfert, sur lequel la marge d'interprétation est vaste et largement fonction des opinions personnelles de chacun.

b) L'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que les accords peuvent être exemptés de la nullité, lorsqu'ils *"contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits"*, à condition notamment qu'ils n'imposent pas de restrictions *"qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs"*.

Le projet du 4 Février 2022 expose que les échanges d'informations pourront bénéficier de l'exemption, dès lors qu'ils sont *"nécessaires à améliorer la production ou la distribution"*.

Ce qui revient à reproduire les dispositions du Traité et n'apporte donc aucune précision quant au critère de la légalité des échanges d'information.

c) A défaut de proposer aucune ligne directrice, la proposition de la Commission est assortie d'une liste d'exemples d'informations dont le transfert paraît légal et à l'inverse, d'informations dont le transfert ne serait pas exempté.

Un de ces exemples vise le transfert des données relatives aux clients :

"Les données relatives aux ventes spécifiques aux clients, y compris les informations non agrégées sur la valeur et le volume des ventes"

par client, ou les informations permettant d'identifier des clients particuliers, à moins que, dans chaque cas, ces informations ne soient nécessaires pour permettre au fournisseur ou à l'acheteur d'adapter les biens ou services contractuels aux exigences du client ou de fournir une garantie ou des services après-vente ou de répartir les clients dans le cadre d'un accord de distribution exclusive"².

Si ce dispositif paraît d'emblée exclure l'exemption de données relatives aux clients, il l'autorise néanmoins dans certains cas, en sorte que le critère demeure flou et entretient l'insécurité juridique des parties.

Ce d'autant que la Commission précise que ses exemples forment "*une liste non exhaustive*".

d) L'insécurité est accrue par le fait que la Commission pose le postulat de ce que les avantages à attendre de l'échange d'informations seraient en général supérieurs à ses inconvénients :

"(...) l'impact négatif potentiel de l'accord vertical sur la relation concurrentielle entre le fournisseur et l'acheteur au niveau aval est moins important que l'impact positif potentiel de l'accord vertical sur la concurrence en général au niveau amont ou aval"³.

Et la Commission ajoute encore que l'interdiction de l'échange des informations n'est envisagée qu'à titre d'exception et partant, doit être interprétée de manière étroite :

"La raison d'être de ces exceptions est que, dans le cas de la distribution duale, l'impact négatif potentiel de l'accord vertical sur la relation concurrentielle entre le fournisseur et l'acheteur au niveau aval est considéré comme moins important que l'impact positif potentiel de l'accord vertical sur la concurrence en général aux niveaux amont ou aval. La question de savoir si un accord vertical remplit les conditions de l'article 2, paragraphe 4, point a) ou point b) [les exceptions], du règlement doit être interprétée de manière restrictive, en raison de la nature exceptionnelle de ces dispositions"⁴.

En sorte que les lignes directrices semblent définir une présomption de légalité des échanges d'information.

² point 14 (b) du projet du 4 Février 2022.

³ introduction au projet du 4 Février 2022.

⁴ point n° 6 du projet du 4 Février 2022.

e) Puisque les lignes directrices ne fournissent pas de règle claire, les parties seront portées à soumettre au Juge, de manière ponctuelle, l'appréciation de la nécessité et de l'utilité des échanges d'informations.

La juridiction en charge d'appliquer les règles de concurrence est celle qui connaît le plus communément des affaires commerciales.

En France, cette juridiction considère que dans la limite de 30 % de part de marché et en vertu du règlement général d'exemption, dont le bénéfice est systématiquement reconnu, 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)⁵.

Le règlement d'exemption est *de facto* un brevet d'impunité, de sorte que les situations particulières ne feront l'objet d'aucun véritable contrôle.

2) L'insuffisance du critère des gains d'efficience

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 ou la distribution des produits ;
- contribuent à promouvoir le progrès technique ou 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.

Le projet de lignes directrices postule que, sauf exception, l'échange d'informations s'inscrirait par nature dans la poursuite de gains d'efficience,

⁵ Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 Février 2022, n° 20-18615, 21-10451 et 20-11754.

minorant l'hypothèse qu'il poursuive des objectifs moins vertueux, aux dépens des concurrents et des utilisateurs finals.

Mais surtout, les lignes directrices ne proposent aucune formule qui permette de garantir que les consommateurs profitent effectivement de l'échange d'informations.

Pas plus qu'elle ne propose de formule permettant de prévenir que l'échange d'informations contribue à l'élimination de concurrents.

En l'occurrence, l'actualité laisse à penser que l'appropriation des fichiers clients des distributeurs paraît aller de pair avec la résiliation de la totalité des distributeurs, préalable à leur réintégration partielle, l'opération emportant par conséquent l'éviction de nombre d'entre eux.

Le règlement et les lignes directrices devraient par conséquent définir les critères permettant de s'assurer de la conformité des accords à l'ensemble des 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.

3) Les préoccupations et souhaits du CEGAA

a) A ce stade, les lignes directrices n'offrent pas de règle d'interprétation claire, de nature à sécuriser l'échange d'informations, **alors que la digitalisation des accords verticaux place cette problématique au premier rang des préoccupations des parties.**

Cette carence est d'autant plus préoccupante, que les distributeurs ne peuvent pas compter sur la saisine du Juge national et n'ont d'ailleurs pas la possibilité d'engager quelque action que ce soit contre le partenaire commercial dont dépend leur entreprise.

Il est donc impératif d'établir une règle objective, qui ne nécessite pas l'engagement de contentieux et qui soit suffisamment impérieuse et précise pour se retrouver dans la rédaction des contrats.

Dans cette perspective, il serait utile de prévoir que l'échange d'information entre concurrents actuels ou potentiels est présumé avoir un impact négatif sur la concurrence, lorsqu'il porte sur les données qui permettent d'identifier les clients ou les données permettant d'accéder au détail des coûts et de la marge du partenaire.

Un tel échange doit être par principe exclu du bénéfice de l'exemption et par exception admis à son bénéfice, dès lors que l'échange remplit cumulativement les conditions suivantes :

1°- il ne porte pas sur les données relatives à la comptabilité et à la gestion, ni les données permettant l'identification des clients, à l'exception des informations requises par le respect des lois impératives et l'exécution du contrat, en ce sens que la fourniture du produit ou du service ne serait pas possible sans elles (ex : identification du véhicule à réparer ou du client à facturer) ;

2°- il ne confère à la personne qui reçoit les informations, aucun avantage propre, ni sur la partie qui les fournit, ni sur les tiers qui n'y ont pas accès ;

3°- il réserve aux utilisateurs, dans le cadre de l'exécution du contrat, une partie du profit résultant du gain d'efficacité produit par l'échange d'information, dans une mesure identifiable et justifiée.

b) Si l'échange peut valablement porter sur des preuves de solvabilité de nature à garantir la qualité de la représentation assurée par le distributeur, il ne peut en aucun cas porter sur le détail de la gestion du partenaire, ni entrer dans le secret de ses affaires.

En effet, si la communication de ces informations était discutable dans une relation constructeur/distributeur, encore que son objet réside essentiellement dans l'ajustement à la baisse de la rémunération du distributeur, elle doit être résolument exclue dans une relation entre concurrents, puisqu'elle fournit un avantage de nature à permettre l'éviction du partenaire.

Et ce, d'autant plus sûrement, que l'information est asymétrique, puisqu'elle est essentiellement envisagée au profit du constructeur.

Sur ce point et à titre d'illustration, il faut se rappeler que le projet de lignes directrices de la Commission prévoit la possibilité pour le constructeur de vendre à ses distributeurs à des prix différents, selon que le produit ou service est revendu dans le point de vente physique ou en ligne, sur Internet⁶ ;

La connaissance intime de la structure de coûts du distributeur permettra au constructeur de fixer le prix de vente des produits et services à un niveau qui ne lui permette pas de maintenir une offre rentable sur Internet,

⁶ Projet de lignes directrices du 9 Juillet 2021, point n° 195.

l'évinçant *de facto* d'un marché que le constructeur pourrait avoir le projet de se réserver.

L'échange de ces informations permettrait aussi - il permet déjà, dans une certaine mesure - aux constructeurs qui produisent et distribuent sous plusieurs marques, d'orienter les prospects d'un distributeur vers une autre de leurs marques, en augmentant ponctuellement la remise accordée au distributeur voisin et concurrent.

c) Par ailleurs, la question de l'accès aux données d'identification des clients des distributeurs ne devrait pas faire débat, dans la mesure où à l'évidence, il permettrait au constructeur de mener plus activement encore son déploiement en aval, aux dépens de ses partenaires, en proposant ses produits et services aux clients du distributeur directement.

Etant observé que les lignes directrices sur les restrictions horizontales n'envisagent la légitimité de l'échange, que lorsqu'il porte sur des données agrégées, considérant à l'inverse que l'échange de données individualisées ne serait pas indispensable à la production des gains d'efficience⁷.

Les mêmes lignes directrices ajoutent que *"(...) plus le pouvoir de marché des parties est élevé, moins il est probable que celles-ci répercuteront les gains d'efficacité sur les consommateurs (...)"*⁸.

d) Il faut également considérer que les contrats exigent généralement que l'échange d'informations soit entrepris de manière exclusive, les distributeurs étant requis d'orienter vers le constructeur la totalité des prospects, c'est-à-dire de lui réserver le potentiel commercial de personnes auxquelles pourraient être offerts des produits et services concurrents.

Dans le même esprit, cet échange d'informations est parfois conçu de manière irréversible :

- l'échange d'informations est envisagé d'une manière systématique, au point que les données des clients collectées par le concessionnaire sont directement saisies sur le serveur du constructeur, qui revendique parfois la propriété de ces informations au titre de la protection des bases de données ;

⁷ lignes directrices sur les restrictions horizontales du 14 Janvier 2011, 2011/C 11/01, point n° 101.

⁸ lignes directrices sur les restrictions horizontales du 14 Janvier 2011, 2011/C 11/01, point n° 143.

- le distributeur conserve l'accès aux données personnelles de ses clients, lorsqu'il les a saisies sur le serveur du constructeur, sans toutefois pouvoir récupérer les autorisations des personnes concernées, ni par conséquent, organiser lui-même librement le traitement des données qu'il a collectées.

Ainsi, le distributeur est finalement porté à mettre en place une solution de double saisie, qui suppose de superposer deux organisations informatiques étanches au sein de l'entreprise, dans une mesure inutilement coûteuse, à rebours de la poursuite de gains d'efficience.

Dans ces conditions, l'échange d'informations n'est pas seulement susceptible de compromettre la possibilité pour le distributeur de s'engager dans une activité concurrente, mais il est également de nature à compromettre l'accès au marché d'acteurs alternatifs et innovants, qu'il s'agisse de nouveaux constructeurs, d'équipementiers ou d'entrepreneurs capable de développer de nouvelles formules de mobilité.

e) Enfin, les distributeurs sont portés à redouter que l'échange d'informations dans le cadre de l'écosystème mis en place par le constructeur, tende essentiellement à l'augmentation de ses profits, à la réduction de la capacité concurrentielle des acteurs traditionnels de la distribution et finalement, à son émancipation progressive de toute pression sur les prix, aux dépens des consommateurs.

A Paris, le 17 Février 2022.