

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 PROPOSITION DE REVISION
DU REGLEMENT D'EXEMPTION AUTOMOBILE
EN DATE DU 21 DECEMBRE 2009

Le projet de règlement présenté par la Commission le 21 Décembre 2009 opère une réforme majeure du droit de la distribution automobile, sans doute la plus importante depuis l'adoption du règlement n° 123/85, il y a vingt-cinq ans.

En pratique, elle anéantit en totalité les dispositions qui tendent à préserver l'initiative concurrentielle du distributeur, que la Commission elle-même avait progressivement et difficilement imposées au fil des ans.

La réforme a donc pour objet de permettre aux constructeurs automobiles, de mettre en œuvre des contrats de distribution assujettissant fermement les distributeurs, dans des conditions qui paraissaient jusqu'à présent intolérables.

La Commission confesse que cette initiative n'est pas gouvernée par une modification brutale des conditions de la concurrence sur le marché, mais répond au seul souhait de rationaliser les conditions d'exemptions des accords verticaux en intégrant le secteur de l'automobiles au régime général¹.

¹ "(...) la Commission n'a pas trouvé de preuve que les accords entre constructeurs automobiles et concessionnaires devaient continuer à nécessiter un traitement différent de celui réservé aux autres secteurs", IP/09/1984 du 21 Décembre 2009, p. 2.

Un examen plus critique permet de penser que la réforme est avant tout inspirée par la grave crise que traverse la construction automobile en Europe et l'adhésion de la Commission à une politique tendant à optimiser les profits des constructeurs, les protéger de la concurrence asiatique et leur permettre de contrôler la puissance d'achat des distributeurs.

Ces orientations n'entrent pas dans le champ de la politique de la concurrence et ne peuvent pas justifier la réforme entreprise.

Concrètement, le projet de la Commission repose sur un postulat erroné (I) et excède la compétence exercée dans le cadre de l'article 101.3 du Traité (II).

I – LE POSTULAT EST FAUX

La Commission expose dans les considérants de son projet de règlement, qu'il n'y aurait "(...) *aucun dysfonctionnement important concernant la concurrence*"².

Si la concurrence inter-marque est assez vive, la concurrence intra-marque est pratiquement inexistante.

La Commission est habituellement assez tolérante à l'égard de ce type de restriction³, qui se manifeste en pratique de différentes façons.

1) Entre 2007 et 2009, la production automobile européenne a enregistré un recul de 26 %⁴.

Ce recul n'est pas intervenu de manière progressive mais est au contraire survenu de manière brutale, au quatrième trimestre 2008.

Les commentateurs ont été nombreux à en rechercher l'explication dans la baisse du pouvoir d'achat, la crise du secteur bancaire, l'augmentation du prix du pétrole et la mise en place d'une fiscalité pénalisant les véhicules polluants.

² Projet de règlement du 21 Décembre 2009, considérant n° 10.

³ "*Les restrictions verticales qui réduisent la concurrence intermarques sont d'une manière générale plus nocives que celles qui limitent la concurrence intramarque*" : Lignes directrices sur les restrictions verticales, 13 Octobre 2000, JO C 291, p. 25.

⁴ Source ACEA, "*Motor vehicle production in Europe by country*".

Une autre raison, qui explique en particulier la soudaineté du phénomène et son caractère apparemment imprévu, doit être recherchée dans la dépendance du distributeur à l'égard du constructeur.

Concrètement, le distributeur est soumis à des objectifs de vente calculés sur des bases intégrant des facteurs étrangers au potentiel du marché local, des obligations de stock minimum, en volume et en gamme, des obligations d'achat de véhicules de démonstration et de courtoisie, une pression constante à la pré-immatriculation du stock ancien, tandis que sa rémunération est largement conditionnelle et sous la maîtrise du constructeur.

En principe, le règlement n° 1400/2002 conditionne le bénéfice de l'exemption aux contrats générateurs d'une obligation de moyens, lorsque le distributeur n'est pas contraint de réserver au constructeur plus de trente pour cent de son volume d'achats.

En réalité, les dispositifs mis en oeuvre autorisent au constructeur un très large contrôle de son distributeur, au point de pouvoir lui imposer le volume et la nature de ses achats.

L'impunité dont bénéficie cette pratique a favorisé une forme d'isolement des constructeurs à l'égard des réalités du marché, pérennisé le maintien de structures de production excédentaires et retardé les restructurations nécessaires, comme la Commission l'a constaté elle-même⁵.

Contre toute attente, sur le constat des effets catastrophiques de cette politique, la Commission propose aujourd'hui d'élargir encore les prérogatives des constructeurs, pour les autoriser d'emblée à instaurer une obligation d'achat couvrant la totalité des besoins du distributeur.

S'il est évidemment délicat de faire la démonstration des restrictions mises en oeuvre par les constructeurs en dehors du cadre réglementaire, sauf à entrer dans le détail de l'exécution de chaque contrat, il est en revanche très facile de constater la réalité de leur emprise sur la distribution.

En effet, les constructeurs sont à ce point assurés des engagements d'achat de leurs distributeurs, qu'ils peuvent alimenter des réseaux de distribution parallèles, opérant sous la bannière de négociants, de mandataires, voire de sociétés de

⁵ *"De manière générale, l'industrie a été durement touchée, principalement parce qu'elle souffrait déjà de surcapacités structurelles"* : Communication de la Commission du 22 Juillet 2009, p. 3.

location de voitures, auxquels les véhicules sont vendus avec des remises supérieures à celles consenties aux distributeurs agréés.

Ces pratiques se sont développées dans une mesure très importante, faisant aux distributeurs agréés une concurrence véritablement déloyale, sans que ces derniers ne soient en mesure de s'y opposer, ni même d'en profiter comme ils y auraient pourtant intérêt.

A cet égard, il faut relever que par l'effet d'une surprenante discipline, les mandataires se sont interdits de développer aucune activité B to B.

A l'intérieur d'une même marque, la possibilité pour le distributeur de diversifier ses achats pour profiter de conditions de prix plus intéressantes demeure clairement du domaine de la fiction.

2) La neutralisation de la concurrence intra-marque se matérialise de manière plus manifeste encore, dans le cloisonnement du marché.

En l'état actuel, les constructeurs sont parvenus à ériger des barrières pratiquement étanches entre les différents marchés nationaux de l'Union.

La preuve en est rapportée par les écarts de prix qui subsistent entre les différents Etats membres, dont il faut remarquer qu'ils sont systématiquement plus élevés sur le marché domestique du constructeur, ce qui confirme qu'ils répondent pour l'essentiel à une volonté d'optimisation des profits⁶.

<i>En Euros</i>	Prix le plus élevé	Prix le plus bas	Ecart
OPEL Corsa	12.160 (DE)	7.484 (UK)	38,5 %
FORD Fiesta	11.345 (DE)	8.983 (UK)	28,8 %
PEUGEOT 207	12.500 (FR)	8.528 (UK)	31,8 %

Le distributeur qui souhaiterait profiter de prix plus intéressants sur un autre marché, ne pourrait compter sur la prestation de services des mandataires, serait immanquablement identifié par le constructeur (qui dispose d'un accès informatique en temps réel au détail de sa comptabilité !) et s'exposerait finalement

⁶ Car price report, at 1.1.2009.

à des sanctions financières (par le jeu des primes, qui pénaliserait la marge réalisée sur l'ensemble de ses autres achats).

Dans son rapport d'évaluation, la Commission a précisé qu'elle n'avait pas pu obtenir les informations lui permettant de mesurer précisément l'importance des ventes transfrontalières, les estimant toutefois à moins de 1 %⁷.

Ces restrictions dépassent du reste le seul cadre de l'article 101 du Traité, puisqu'elles portent atteinte à la libre circulation des marchandises, dont le principe est établi par l'article 26.2 du Traité.

Ces pratiques sont anciennes et constituent des dysfonctionnements graves : la Commission ne peut tout simplement pas prétendre qu'ils n'existent pas.

II – LA COMMISSION EXCEDE SES POUVOIRS

La Commission estime que l'expérience acquise depuis 2002 en matière de distribution de véhicules automobiles permet de considérer que des accords passés par des entreprises qui occupent jusqu'à 30 % du marché et qui prévoient une double exclusivité de représentation et d'approvisionnement, une sélection qualitative, une durée déterminée de cinq ans, ainsi que des clauses de localisation et d'*intuitu personae*, remplissent normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du Traité.

C'est objectivement douteux et dans ses précédents règlements, la Commission avait précisément exprimé l'avis inverse.

En l'occurrence, la Commission n'a pas défini ni justifié les gains objectifs d'efficacité que favoriserait l'exemption d'accords de distribution aussi largement restrictifs de la concurrence.

Elle n'a pas davantage identifié le profit qui résulterait pour les consommateurs, de la mise en oeuvre d'accords aussi déséquilibrés.

⁷ Rapport d'évaluation, document de travail n° 2, p. 24.

A cet égard, on peut imaginer que l'augmentation des investissements dans le cadre de réseaux monomarques (comme on l'observe déjà dans le réseau AUDI), la nécessité de continuer à subventionner un outil industriel surcapacitaire, les barrières dressées à l'entrée du marché qui en interdiront l'accès à l'offre asiatique ou indienne, la faveur faite à une augmentation des profits des constructeurs européens, auront un coût.

Ce coût sera supporté par le consommateur, dans une mesure qui ne paraît pas justifiée (quel avantage retirera le consommateur de l'édification de concessions monomarques, répondant au concept architectural défini par chaque constructeur ?).

Enfin, la Commission paraît couvrir des restrictions qui ne sont pas indispensables (1) et sont de nature à permettre d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits (2).

1) La Commission n'a pas précisé les gains d'efficience à attendre de l'abandon du règlement spécifique, se bornant à des considérations d'ordre général, à peu près vides de sens :

"Les accords verticaux relevant de la catégorie définie ci-dessus peuvent améliorer l'efficience économique à l'intérieur d'une chaîne de production et de distribution en facilitant 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 un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes"⁸.

Dans ces conditions, il est pratiquement impossible de justifier du caractère indispensable de l'exemption des clauses d'exclusivité d'approvisionnement, d'exclusivité de représentation, de localisation, d'*intuitu personae*, de quota, de durée déterminée non reconductible, etc...

Etant observé que selon les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81 (101), paragraphe 3, du Traité⁹, "*(...) chacune des restrictions de concurrence qui découle de l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité*".

⁸ Projet de règlement du 21 Décembre 2009, considérant n° 7.

⁹ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité, JO C 101 du 27 Avril 2004.

S'appuyant sur l'expérience accumulée depuis 1985, le règlement n° 1400/2002 avait identifié un certain nombre de restrictions qui ne paraissaient pas indispensables et à ce titre, qui ne bénéficiaient pas de l'exemption.

Dans son projet de règlement, la Commission se borne à rappeler, que :

"(...) les accords verticaux qui contiennent des restrictions susceptibles de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les effets positifs mentionnés ci-dessus doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie"¹⁰.

Ainsi, la Commission envisage l'adoption d'un règlement d'exemption par catégorie, sans avoir vérifié, ni justifié du caractère indispensable des restrictions exemptées.

Cet examen s'impose pourtant, et le règlement n° 19/65 prévoit expressément que :

"Le règlement doit (...) préciser notamment :

a) Les restrictions ou les clauses qui ne peuvent pas figurer dans les accords ;

b) Les clauses qui doivent figurer dans les accords ou les autres conditions qui doivent être remplies"¹¹.

Sauf à ruiner le concept d'exemption par catégorie, le règlement ne peut consister dans un blanc seing délivré aux constructeurs d'automobiles, qui laisserait à la charge des distributeurs la contestation *a posteriori* des accords.

2) Le risque existe que l'exemption des accords de distribution dans les conditions du règlement n° 2790/1999, conduise les constructeurs à résilier les contrats actuels, pour les remplacer par des contrats de distribution sélective et exclusive (exclusivité de représentation et d'approvisionnement) à durée déterminée de cinq ans.

¹⁰ Projet de règlement du 21 Décembre 2009, considérant n° 8.

¹¹ Règlement n° 19/65, du 2 Mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, article 1.2.

De la même manière qu'en 2003 les constructeurs avaient pratiquement tous opté pour des contrats de distribution sélective quantitative, ils ne manqueront évidemment pas de profiter systématiquement du maximum des opportunités offertes par le règlement général.

Etant observé qu'un distributeur qui aura engagé dans le concept architectural de la marque des investissements amortissables sur quinze ans, n'aura pas la possibilité de réorienter son activité au terme du contrat initial de cinq ans.

On peut donc tenir pour une perspective probable, la mise en oeuvre d'accords similaires, dont les restrictions cumulées auront pour effet de verrouiller complètement l'accès au marché.

La Commission pourra être requise d'évaluer cette menace, puisque l'article 6 du règlement n° 2790/1999 (reproduit dans le projet dont l'adoption est envisagée cette année) prévoit la possibilité de retirer le bénéfice de l'exemption :

"(...) lorsque l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs (...) concurrents"¹².

Elle doit l'évaluer dès aujourd'hui, puisque l'exemption par catégorie suppose l'anticipation de ce risque, la Commission précisant elle-même que dans l'estimation d'une élimination de la concurrence :

"(...) il faut aussi prendre en considération les sources de concurrence potentielle. L'évaluation de cette dernière nécessite une analyse des barrières à l'entrée auxquelles se heurtent les entreprises qui ne sont pas encore présentes sur le marché en cause. Les assertions des parties déclarant que les obstacles à l'entrée sur le marché sont minimes doivent être étayées par des informations recensant les sources de concurrence potentielle"¹³.

Sur ce point, dans le cadre des consultations préalables à l'adoption d'un nouveau règlement, la société KIA EUROPE a clairement rappelé que la représentation exclusive constituait une barrière à l'entrée du marché :

¹² Règlement n° 2790/1999, article 6.

¹³ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité, JO C 101 du 27 Avril 2004, point n° 114.

"(...) l'expérience de Kia démontre que le multimarquisme dans un même hall d'exposition a facilité son entrée sur le marché et son développement, spécialement dans les zones faiblement peuplées. (...) Dans ces zones géographiques, le nombre limité de ventes que le distributeur peut attendre de nouveaux entrants sur le marché, est généralement insuffisant pour compenser les coûts élevés d'investissement. (...) il est important pour l'entrée sur le marché et le développement, que les grands opérateurs historiques ne puissent pas interdire à leurs distributeurs la représentation multimarque dans un même hall d'exposition dans ces zones géographiques"¹⁴.

On devine naturellement que les membres du "Groupe de haut niveau" CARS 21 puissent ne pas être enthousiasmés par la perspective de l'entrée sur le marché européen d'un nouveau constructeur qui, à l'image de KIA, proposerait des véhicules attractifs au prix le plus juste, vendus de surcroît avec une garantie de sept ans !

Le verrouillage du marché ne sera d'ailleurs pas exclusivement tourné vers les nouveaux entrants mais affectera les acteurs présents, en figeant artificiellement les positions acquises et en compromettant l'évolution des réseaux, qu'elle réponde à la volonté de croissance de distributeurs ou de constructeurs concurrents.

En conclusion, le projet de la Commission ne paraît pas conforme aux prescriptions légales, qui encadrent son action.

L'impression qui s'en dégage est celle d'une soumission de la politique de concurrence aux orientations de politique industrielle exprimées par la Commission dans sa communication du 25 Février 2009 : *"Réagir face à la crise de l'industrie automobile européenne"*¹⁵.

Cette approche est critiquable dans la forme, en ce qu'elle poursuit de manière déguisée l'objectif de favoriser les constructeurs dans leurs rapports avec les distributeurs, en contravention avec les principes d'ouverture et de transparence édictés par l'article 15 du Traité.

¹⁴ Lettre KIA MOTORS EUROPE du 24 Septembre 2009, mise en ligne sur le site Internet de la Direction Générale Concurrence de la Commission.

¹⁵ Communication du 25 Février 2009, *"Réagir face à la crise de l'industrie automobile européenne"*.

Elle est également critiquable sur le fond puisque, faisant droit aux prétentions de la représentation des constructeurs au sein même de la Commission, elle abandonne purement et simplement le contrôle de ce secteur et s'en remet à la sagesse d'acteurs qui ont été incapables d'anticiper la crise qu'ils traversent.

A Paris, le 10 Février 2010

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
GENERATED BY THE PROPOSAL FOR REVIEW
OF THE VEHICLE BLOCK EXEMPTION REGULATION
DATED DECEMBER 21, 2009

The draft law submitted by the Commission December 21, 2009 makes a major reform of the law of automobile distribution, probably the largest since the adoption of Regulation 123/85, twenty-five years ago.

In practice, it totally destroys the provisions that tend to preserve the competitive initiative of the distributor, that the Commission itself had imposed progressively and with difficulty over the years.

The reform was therefore designed to allow manufacturers of automobiles, implementing distribution agreements that strongly subject distributors, under conditions which hitherto seemed intolerable.

The Commission admits that this initiative is not governed by an abrupt change in conditions of competition in the market, but responds to only wish to streamline the requirements for exemption of vertical agreements, by incorporating the automotive sector to the General Regulation¹⁶.

¹⁶ "(...) the Commission found no evidence that agreements between vehicle manufacturers and dealers would continue to require different treatment as compared to agreements in any other sector", IP/09/1984, December 21, 2009.

A more critical examination suggests that the reform is primarily inspired by the serious crisis in the automotive industry in Europe and accession of the Commission to a policy of maximizing profits for manufacturers, protecting them from competition from Asia and enable them to control the buying power of retailers.

These guidelines are outside the scope of competition policy and can not justify the reforms.

Specifically, the Commission's draft is based on a false premise (I) and beyond the jurisdiction exercised under article 101.3 of the Treaty (II).

I - THE POSTULATE IS WRONG

The Commission states in the preamble to its draft rules, there would be "(...) *any significant deficiency on the competition*"¹⁷.

If the inter-brand competition is strong enough, the intra-brand competition is virtually nonexistent.

The Commission is usually quite tolerant of this type of restriction¹⁸, which is manifested in different ways.

1) Between 2007 and 2009, the European car production fell by 26%¹⁹.

This decline has not come gradually but occurred rather brutally, in the fourth quarter of 2008.

Commentators were likely to seek the explanation in the lower purchasing power, the banking crisis, rising oil prices and the introduction of taxes penalizing polluting vehicles.

¹⁷ Draft Commission Regulation, December 21, 2009, preliminary consideration n° 10.

¹⁸ "*Vertical restraints which reduce inter-brand competition are generally more harmful than those that restrict intra-brand competition*", Vertical restrictions guidelines, October 13, 2000, JO C 291, p. 25.

¹⁹ ACEA, "*Motor vehicle production in Europe by country*".

Another reason, which explains in particular the suddenness of the phenomenon and its apparently unexpected character, must be sought in the dependence of the distributor against the manufacturer.

Specifically, the distributor is subject to sales targets, calculated on the basis of integrating factors unrelated to the potential local market, minimum stock obligation, in volume and range, obligations to purchase vehicles for demonstration and courtesy, constant pressure at the pre-registration of older stock, while his remuneration is conditional and largely under the control of the manufacturer.

In principle, the Regulation No 1400/2002 condition the benefit of the exemption to contracts generating an obligation of means, when the distributor is not obliged to reserve to the manufacturer more than thirty per cent of its sourcing .

In reality, devices implemented authorise the manufacturer a broad control of its distributor, allowing him to impose the volume and nature of its purchases.

The automaker is a supplier which has the special privilege of deciding himself what his client will buy, whether the nature of the goods, quantity or price.

The impunity enjoyed by this practice has encouraged a form of isolation of the manufacturers from market realities, perpetuated the maintenance of structures that provide an overcapacity and delayed the necessary restructuring, as the Commission has found itself²⁰.

Against all odds, on the observation of the devastating effects of this policy, the Commission now proposes to further expand the prerogatives of manufacturers to allow them to immediately create a purchase obligation covering all the needs of the distributor and legalize a practice that growing distribution groups could threaten.

While it is obviously difficult to demonstrate the restrictions implemented by manufacturers outside the regulatory framework, except to enter the detailed implementation of each contract, it is however very easy to see the reality of their control over distribution.

²⁰ *"Overall, the industry has been hit particularly hard, mainly because it was already suffering from structural overcapacities"*, Commission communication, July 22, 2009, point n° 7.

Indeed, manufacturers are so sure of the purchase commitments of their distributors, they can feed parallel distribution networks, operating under the banner of wholesalers, agents or rental car corporations, to which the vehicles are sold with discounts greater than those granted to authorized dealers.

These practices have developed in a very important measure, which cause to authorized retailers truly unfair competition, without their being able to oppose or even benefit as they have yet interest.

In this regard, it must be noted indeed that by the effect of a surprising discipline, agents have forbidden themselves to develop any B to B activity.

Within the same brand, the opportunity for the distributor to diversify its purchases to take advantage of more interesting price terms, is still clearly in the field of fiction.

2) The neutralization of intra-brand competition materializes even more evidently in the market partitioning.

As it stands, manufacturers have managed to erect almost waterproof barrier between the various national markets in the EU.

The proof is reported by the price differences that exist between the different member states, which must be noted that they are consistently higher on the domestic market of the manufacturer, which confirms that they correspond mainly to a desire of profit maximization²¹.

<i>In Euros</i>	Highest price	Lowest price	Difference
OPEL Corsa	12.160 (DE)	7.484 (UK)	38,5 %
FORD Fiesta	11.345 (DE)	8.983 (UK)	28,8 %
PEUGEOT 207	12.500 (FR)	8.528 (UK)	31,8 %

The distributor who would benefit from better prices on another market, could not count on the services of agents, would inevitably be identified by the manufacturer (who has a real time computer access to the details of its accounting!) And

²¹ Car price report, at 1.1.2009.

eventually would face financial sanctions (by virtue of the premiums, which would penalize the margin achieved on all its other purchases).

In its evaluation report, the Commission said it could not obtain the information enabling it to accurately measure the importance of cross-border sales, but considering them less than 1%²².

By the way, these restrictions exceed the context of Article 101 of the Treaty, since they violate the free movement of goods, which principle is established by Article 26.2 of the Treaty.

These practices are ancient and are serious dysfunctions : the Commission simply can not pretend they do not exist.

II - THE COMMISSION EXCEEDS ITS POWERS

The Commission believes that the experience gained since 2002 in the distribution of motor vehicles allows to support the view that agreements between firms that occupy up to 30% of the market and provide a dual exclusivity of representation and supply, a qualitative selection, a term of five years, and clauses of location and personal intuition, are normally satisfying the conditions laid down in Article 101, paragraph 3 of the Treaty.

It is objectively doubtful and in previous regulations, the Commission had precisely expressed the opposite view.

In this case, the Commission did not define nor justify the objectives of efficiency gains that would promote the exemption of distribution agreements as broadly restrictive of competition.

Nor has it identified the resulting benefit to consumers, the implementation of agreements also unbalanced.

In this regard, it is conceivable that increased investment in mono brand networks (as seen already in the AUDI network), the need to continue to subsidize an industrial plant overcapacity, the barriers to entry market which prohibit access to

²² Evaluation report, Staff working document n° 2.

Asian or Indian supply, the favor made to an increase in profits of European manufacturers, will have a cost.

This cost will be borne by the consumer, to an extent which does not seem justified (what benefit the consumer would withdraw from a mono brand building, responding to the architectural concept defined by the manufacturer ?).

Finally, the Commission appears to cover restrictions which are not necessary (1) and are likely to help eliminate competition for a substantial part of products (2).

1) The Commission did not specify the efficiencies expected from the abandonment of specific regulation, confining himself to general considerations, almost meaningless :

"Vertical agreements falling within the category defined above may improve economic efficiency within a production and distribution chain by facilitating better coordination between the participating companies ; they may in particular result in a decrease transaction and distribution costs of parties and ensure an optimal level of their investments and sales"²³.

In these circumstances, it is virtually impossible to prove the indispensability of the exemption of clauses of exclusive supply, of exclusive representation, location, personal intuition, quota, non-renewable fixed-term, etc...

Being observed that, by the Guidelines on the application of Article 81 (101), paragraph 3, of the Treaty, "(...) *each of the restrictions of competition resulting from the agreement must be reasonably necessary to the achievement of the efficiency gains*"²⁴.

Based on the experience accumulated since 1985, Regulation 1400/2002 had identified a number of restrictions that did not seem indispensables and as such, which did not qualify for the exemption.

In its draft rules, the Commission merely to recall that :

²³ Draft Commission Regulation, December 21, 2009, preliminary consideration n° 7.

²⁴ Guidelines on the application of Article 81 (101), paragraph 3, of the Treaty, JO C 101, April 27, 2004.

"(...) Vertical agreements containing restrictions which may restrict competition and be detrimental to consumers or which are not essential for the positive effects mentioned above should be excluded from the block exemption"²⁵.

Thus, the Commission intends to adopt regulations for exemption without having verified nor justified the indispensability of restrictions exempted.

This review is required, however, and Regulation No 19/65 expressly provides that :

"The law must (...) specify in particular :

a) the restrictions or clauses which can not be included in the agreements;

b) The clauses to be included in agreements or other conditions that must be met"²⁶.

Except to ruin the concept of block exemption, Regulation can not consist of a blank check issued to the automakers, which would leave on the distributors the burden to subsequently challenge agreements.

2) The risk exists that the exemption of distribution agreements in terms of Regulation No. 2790/1999, lead manufacturers to terminate current contracts and replace them by selective and exclusive (exclusive representation and supply) distribution contracts with fixed term of five years.

As in 2003, manufacturers had almost all opted for selective quantitative distribution contracts, they clearly won't fail to take advantage of all the opportunities offered by the General Regulation.

Being observed that a distributor who would have engaged in the architectural design of the brand investment amortized over fifteen years, will not be able to redirect its activity at the end of the initial contract term of five years.

²⁵ Draft Commission Regulation, December 21, 2009, preliminary consideration n° 7.

²⁶ Regulation n° 19/65 on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices, JO 36, March 2, 1965.

We can therefore take as a likely prospect, the implementation of similar agreements, which combined restrictions will have the effect of completely foreclose market access.

The Commission will be required to assess this threat, since Article 6 of Regulation No 2790/1999 (reproduced in the draft whose adoption is envisaged this year) provides the opportunity to withdraw the benefit of the exemption:

"(...) When access to the relevant market or competition thereon, is significantly restricted by the cumulative effect of parallel networks of similar vertical restraints implemented by suppliers (...) competitors"²⁷.

It must evaluate it today, since the exemption requires the anticipation of this risk, the Commission stating itself that in estimating a loss of competition :

"(...) We must also consider sources of potential competition. The assessment of this requires an analysis of entry barriers faced by companies that are not yet on the market in question. Assertions of the parties that the barriers to entry are minimal must be supported by information identifying the sources of potential competition"²⁸.

On this point, in consultation before the adoption of new regulation, the company KIA EUROPE clearly recalled that exclusive representation is a barrier to market entry :

"(...) the experience Kia demonstrates that same-showroom multi-branding has facilitated market entry and growth, particularly in metropolitan and sparsely-populated areas. (...) In these geographical areas, the limited number of sales that the dealer can expect from newer market entrants is generally insufficient to offset the high costs of investment. (...) it is important for market entry and growth that larger incumbents cannot prevent their dealers from same-showroom multi-branding in these geographic areas"²⁹.

²⁷ Regulation n° 2790/1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, article 6, JO L 336, December 29, 1999.

²⁸ Guidelines on the application of Article 81 (101), paragraph 3, of the Treaty, point n° 114, JO C 101, April 27, 2004.

²⁹ contribution of KIA MOTORS EUROPE, September 24, 2009, viewable on the Commission's Internet site (Car sector).

We naturally imagine that the members of "*High Level Group*" CARS 21 can not be excited by the prospect of entering the European market for a new automaker who, like KIA, would offer attractive vehicles to the right price, sold so with a seven-year guarantee !

The foreclosure will also not only turned to new entrants, but will affect the present actors, in artificially freezing the positions gained and jeopardizing the evolution of networks, would it respond to the willingness of growth of distributors or of competing manufacturers.

In conclusion, the Commission's draft does not seem consistent with the laws which govern its action.

The impression that emerges is that of a submission of competition policy to industrial policy guidelines expressed by the Commission in its communication of February 25, 2009: "*Responding to the crisis of the European automobile industry*"³⁰.

This approach is criticizable in the form, as it pursues a disguised purpose of favouring manufacturers in their relationships with distributors, in contravention of the principles of openness and transparency enacted by article 15 of the Treaty .

It is also criticizable on the content because, granting the claims of the manufacturers represented within the Commission itself, it simply gives up control of the sector and relies on the wisdom of players who were unable to anticipate the crisis they are going through.

In Paris February 10, 2010

³⁰ Commission communication, "*Responding to the crisis in the European automotive industry*", February 25, 2009.