

NOUVEAUX CONTRATS : QU'EST-CE QUI NE VA PAS ?

Les nouveaux contrats rédigés par les constructeurs, qu'il s'agisse de contrats de distribution ou de contrats d'agence, posent essentiellement trois problèmes : l'instauration d'une obligation de non-concurrence (1), l'instauration de prix imposés (2) et la confiscation des données (3), aux dépens des consommateurs (4).

1 - L'instauration d'une obligation de non-concurrence

La règle est posée très simplement par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

*"Sont incompatibles avec le marché intérieur et **interdits** tous accords entre entreprises (...) **qui ont pour objet** (...) de (...) **répartir les marchés** (...)"¹.*

Les contrats déployés dans le cadre du nouveau modèle économique des constructeurs, ne tendent pas à autre chose.

D'une manière générale, les efforts du constructeur tendent désormais à déployer son activité sur les marchés aval de la filière, directement, par la mise en œuvre du contrat d'agent ou indirectement, par le développement d'une nouvelle formule de contrat de distribution.

Dans tous les cas, alors que le distributeur et le constructeur sont désormais en concurrence sur le marché de détail, le contrat tend généralement à restreindre sévèrement la liberté de l'un, au bénéfice de l'autre.

Ainsi, le distributeur peut être requis de s'engager dans un contrat d'agence, qui réserve au constructeur la vente des véhicules neufs.

La Commission européenne a défini des conditions très précises à l'exercice de cette option, qui ne sont généralement pas remplies, certains constructeurs revendiquant sans embarras la mise en œuvre de contrats non-conformes ("*non genuine*").

¹ Article 101.1, c), du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Ces contrats ne sont pas assortis de clauses de non-concurrence explicites et le distributeur devenu agent, devrait pouvoir exercer une activité concurrente, en qualité de distributeur ou en qualité d'agent.

En pratique, cette liberté est indirectement compromise par des dispositifs contractuels sournois : édicition de standards de représentation obligatoires, qui mobilisent la totalité des structures du distributeur ; engagement pour la durée du contrat de maintenir les structures décrites dans un contrat annexe, que le distributeur ne peut pas révoquer librement et qui compromet sa diversification ; confiscation de l'intégralité des données clients, comme on le verra plus loin.

Ces dispositifs contractuels sont mis en œuvre de la même manière exactement dans les contrats d'agent et les contrats de distribution "*traditionnels*".

Dans le même esprit, le distributeur ou l'agent, qui était précédemment distributeur de produits financiers et de mobilité (crédit à la consommation, location avec option d'achat, location longue durée, leasing, location courte et moyenne durée, assurance, assistance...), est désormais contraint d'abandonner cette activité au constructeur, qui imposera la distribution exclusive des services développés par ses captives, le cas échéant sous forme de "*packs*".

Le distributeur n'est plus le mandataire, ni l'apporteur d'affaires de ses partenaires habituels (banques, compagnies d'assurance, sociétés de location...), mais est contractuellement obligé de n'intervenir désormais qu'en qualité de mandataire des captives du constructeur.

Le distributeur est aussi un réparateur, qui assure de manière indépendante (il fixe son prix et établit ses factures) le service après-vente des véhicules qu'il vend à ses clients.

Le constructeur a développé une offre de service après-vente, extension de garantie ou contrat de service d'entretien/réparation, concurrente du service habituellement proposé par le réparateur.

Les nouveaux contrats de distribution imposent au réparateur de commercialiser prioritairement le service après-vente du constructeur, le cas échéant sous la pression d'objectifs, dans une mesure qui tend à substituer à terme le service du constructeur à celui du réparateur.

Par ailleurs, le réparateur est un distributeur de pièces de rechange et la Commission européenne a rappelé de manière explicite, que le contrat passé avec le constructeur ne devait pas restreindre l'accès des équipementiers au débouché que constituent le réseau de réparation agréée.

A cet égard, le constructeur entreprend tout à la fois à déployer une large offre de pièces de rechange multimarques, en vue de répondre à la totalité des besoins du réparateur, et à lui interdire la possibilité d'achats auprès de fournisseurs alternatifs, que sont les équipementiers et leurs grossistes.

L'obligation de non-concurrence est indirectement mise en œuvre au travers d'objectifs établis sur la totalité du potentiel d'achat, de contraintes et menaces pesant sur un éventuel approvisionnement concurrent et surtout, par l'obligation de réserver au constructeur l'achat des pièces entrant dans l'exécution des contrats de service.

Enfin, le constructeur entre sur le marché de détail du véhicule d'occasion et dans le même temps, restreint ou exclut, selon les cas, la liberté du distributeur de poursuivre son négoce de manière indépendante.

Le contrat d'agent peut réserver au constructeur la possibilité d'acquérir lui-même le véhicule repris au client acheteur d'un véhicule neuf.

Le véhicule repris peut être revendu à l'agent, qui en assure la commercialisation dans le cadre de son négoce de véhicules d'occasion.

L'opération s'intègre - et c'est également le cas dans le cadre d'un contrat de distributeur - dans un environnement commercial contrôlé par le constructeur.

Le véhicule d'occasion, désormais produit contractuel, est vendu sous la marque du constructeur (le "*label VO*" du constructeur), dans le cadre d'un contrat qui s'apparente à un contrat de franchise, obligeant le distributeur à acquérir les intrants auprès des partenaires que lui désigne le constructeur, à ses conditions tarifaires, et l'obligeant encore à le commercialiser dans le cadre de "*packs*", formules réunissant le contrat de service du constructeur et les offres de financement ou de location de ses captives.

2 - L'instauration de prix imposés

Le Traité est tout aussi explicite sur la question des prix imposés : ils sont interdits.

*"Sont incompatibles avec le marché intérieur et **interdits** tous accords entre entreprises (...) qui consistent à (...) **fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente** ou d'autres conditions de transaction (...)"².*

² Article 101.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 101.1, a).

Le constructeur poursuit de longue date l'objectif de récupérer la remise que le jeu de la concurrence oblige le distributeur à abandonner au client, regardé comme un gaspillage inexcusable (sans imaginer que, peut-être, la remise s'impose parce que le véhicule est en tout état de cause, trop cher).

L'adoption du contrat d'agent, lorsqu'il remplace le contrat de distributeur, autorise le constructeur à imposer le prix de vente au client : juridiquement, c'est le constructeur qui vend directement au client.

Lorsque le contrat de distributeur reste en vigueur, un résultat approchant est obtenu en réduisant la remise sur facture et en augmentant proportionnellement la rémunération consentie sous forme de remises ou ristournes conditionnelles.

Mais le plus important n'est pas là, dans la mesure où la distribution des véhicules neufs est depuis longtemps très étroitement contrôlée par le constructeur, qui surestime probablement les gains à attendre de l'imposition du prix de vente des voitures.

L'aspect le plus préoccupant du changement de modèle réside dans la généralisation du mandat.

Lorsqu'il commercialise le véhicule, le distributeur est le mandataire du constructeur dans la commercialisation du financement ou de la solution de mobilité, dont le tarif lui est imposé, sans recours possible à une offre alternative.

De la même manière, lorsqu'il commercialise l'extension de garantie ou le contrat d'entretien/réparation du constructeur, le distributeur est le mandataire du constructeur et propose un service après-vente à un tarif client qui est imposé.

Dans tous les cas, le contrat est d'ailleurs conclu entre le client et le constructeur et/ou ses captives.

La promotion de l'usage, par préférence à la propriété, s'accompagne d'une généralisation du prix imposé.

3 - La confiscation des données

La convention convenue entre concurrents sur les marchés de détail, qui organise la confiscation des données au profit d'en seul, s'analyse également comme une clause de non-concurrence par répartition des marchés.

Privé de son outil commercial le plus essentiel, le distributeur est évincé du marché, au bénéfice de son partenaire.

A cet égard, il faut être clair : le constructeur n'a pas constitué un fichier client qui pourrait être exploité concurremment à celui constitué par le distributeur ; en pratique, le constructeur s'est approprié le fichier de son distributeur.

Ce qui était à toi, maintenant, est à moi.

Les nouveaux contrats ne prévoient pas le partage de ces données, mais leur intégration à une base de données constituée par le constructeur et juridiquement protégée.

Techniquement, le contrat peut prévoir que les données et les consentements des clients ne soient plus stockés sur le serveur du distributeur, mais enregistrés directement sur celui du constructeur.

Etant observé que les données concernées sont tout à la fois les données des clients, les données des prospects - qui pourraient théoriquement être orientés vers une offre concurrente -, les données des véhicules des clients, mais encore les données économiques, financières et commerciales des distributeurs (ordre de réparation, factures, tarifs, état des stocks, fournisseurs, données de gestion...).

Cette transmission autorise le constructeur à la mise en place d'une police de la non-concurrence, d'autant plus efficace qu'il se réserve un large accès aux informations sensibles du distributeur.

Surtout, les données du distributeur sont désormais indisponibles au développement d'activités concurrentes, y compris dans des domaines habituellement distingués de la vente des véhicules neufs, que sont l'après-vente ou le négoce des véhicules d'occasion.

Cette indisponibilité du fichier client (à d'autres fins que l'exécution du contrat) devient définitive à l'expiration du contrat et permet d'instaurer une obligation de non-concurrence post-contractuelle, qui compromet la reconversion du distributeur.

Ces dispositifs contractuels ne contreviennent pas seulement aux règles de la concurrence, mais soulèvent également des problèmes de conformité aux règles définies par le RGPD³ et par le règlement sur les données (*Data Act*)⁴, en ce qu'ils organisent une thésaurisation des données, en vue de leur

³ Règlement (UE) 2016/679 du 27 Avril 2016.

⁴ Règlement (UE) 2023/2854 du 13 Décembre 2023.

monétisation exclusive, en contradiction avec l'objectif poursuivi par le législateur, de leur libre circulation.

Ce monopole, que le constructeur entreprend de constituer par l'appropriation des données qu'il collecte ou qui sont collectées par ses partenaires, a encore pour effet d'enfermer le client dans son écosystème.

Car les contrats auxquels le client est invité à souscrire, sont convenus pour une durée déterminée, pluriannuelle, pendant laquelle le client est inaccessible aux offres concurrentes et amené à souscrire plus systématiquement aux nouvelles propositions du constructeur.

4 - Les restrictions paraissent dépourvues de justification

Le rédacteur du Traité, pragmatique, admet la possibilité de certaines restrictions de la concurrence, lorsqu'elles procurent des gains d'efficacité supérieurs aux inconvénients qu'elles engendrent⁵.

A cet égard, il faut considérer le cadre de l'exemption tel qu'il est posé par l'article 101, paragraphe 3 du Traité et prendre en compte les objectifs de la politique de concurrence, qui se partagent entre la promotion (ou la défense) de l'efficacité des entreprises et la protection de l'intérêt des consommateurs.

Si l'on considère la question sous l'angle de l'efficacité, il faut préciser que sont considérés les gains d'efficacité quantitatifs (réduction des coûts) et les gains d'efficacité qualitatifs (amélioration du service fourni).

Le changement de modèle n'emporte aucune réduction des coûts.

Et le constructeur ne développe pas de nouveaux services, plus efficaces que ceux développés jusqu'à présent par ses partenaires, qui tendraient à s'y substituer du fait de leur qualité supérieure.

Pas du tout.

Le changement de modèle consiste à obliger les partenaires contractuels du constructeur, à lui abandonner une partie des profits dégagés par leurs différentes activités.

Ces partenaires, pour continuer de faire face à leurs charges, sont portés à augmenter leur tarif à proportion du prélèvement opéré par le constructeur.

⁵ Article 101.3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le changement de modèle est intrinsèquement **inflationniste**.

Apporte-t-il une amélioration du service fourni ?

Le constructeur évoque l'avantage à attendre d'un "*parcours omnicanal sans couture*" ou de la création d'un "*environnement holistique*" (ne vous occupez de rien, on s'occupe de tout), l'ensemble reposant sur la mise en œuvre d'un modèle digital largement plébiscité par les consommateurs.

Outre que les distributeurs sont eux-mêmes capables d'offrir ces évolutions et dans une large mesure, les ont d'ores-et-déjà mises en œuvre, ces éléments de langage se heurtent aux désagréments provoqués par la désorganisation et dans une certaine mesure, par le démantèlement des réseaux de distribution dans les zones les moins densément peuplées.

Privés d'une partie de leurs activités et ressources, les acteurs traditionnels sont voués à réduire les structures mises au service des utilisateurs et dans certains cas, les fermer, impactant directement le maillage construit au fil des ans.

Les gains recherchés par le constructeur sont aisément identifiables et résident dans l'augmentation constante du prix des véhicules neufs et désormais de celui des véhicules d'occasion, ainsi que du prix des pièces de rechange et des réparations.

Au point qu'en France, l'achat d'un véhicule neuf par un particulier est réservé à une très étroite minorité, tandis que la durée d'utilisation des véhicules anciens ne cesse de s'allonger.

Ces profits (la fameuse "*marge à deux chiffres*") ne peuvent pas être confondus avec des gains d'efficacité, de nature à légitimer les pratiques anticoncurrentielles qui accompagnent le changement de modèle.

A Paris, le 21 Janvier 2024.