

Résumé exécutif (français)

À partir de 2009, la ZHAW a examiné systématiquement le marché automobile, la Comauto, les contrats automobiles et l'utilisation des données des clients dans la branche automobile. Il s'avère que les concessionnaires et les ateliers sont dans une relation de dépendance pertinente en termes de droit des cartels par rapport à l'importateur et que ces derniers peuvent en grande partie déterminer unilatéralement le contenu des contrats de concessionnaire et d'atelier. Les contrats et leurs annexes, les directives et les règlements contiennent en partie aussi de vastes obligations sur des investissements parfois élevés que le garagiste doit le plus souvent effectuer à ses propres frais (moyens propres ou crédit). Le garagiste concerné se demande ainsi aussi comment et quand amortir l'investissement. Mandatée par l'Union professionnelle suisse de l'automobile (UPSA), la présente expertise examine la protection de ces investissements demandés par l'importateur général et expose les possibilités de protection juridiques.

Mandat. La ZHAW est mandatée par l'Union professionnelle suisse de l'automobile (UPSA) pour recenser de manière empirique le besoin en protection des investissements dans la branche automobile et présenter sur cette base les instruments juridiques requis.

Situation initiale. Dans les études précédentes, la ZHAW a prouvé les éléments suivants de manière empirique :

- **Promotion de la concurrence par la Comauto.** La Comauto de la Commission de la concurrence COMCO a favorisé la concurrence dans la branche automobile suisse :
 - L'examen de l'évolution des prix dans la branche automobile (2015) a montré un gain de prospérité allant jusqu'à CHF 319 millions pour les consommateurs en conséquences de la Comauto.
 - La promotion de la distribution multimarques a élargi les canaux de distribution pour les véhicules et a ainsi renforcé la concurrence entre les concessionnaires (2013).
 - Depuis l'introduction de la Comauto, la part de la distribution multimarques s'est stabilisée à un niveau d'environ 35 % (2013).
 - Les entreprises multimarques agissent de manière plus efficace et en respectant davantage les ressources ce qui signifie qu'elles travaillent avec des charges moindres et sont donc plus avantageuses en termes économiques (2013).
- **Particularités de la structure du marché.** En raison de la structure de marché spécifique de la branche automobile, on a quelques spécificités à savoir une dépendance particulièrement importante des concessionnaires et des ateliers vis-à-vis des importateurs :

- La dépendance de la branche automobile par rapport aux importateurs et constructeurs puissants sur le marché se répercute dans les contrats conçus dans une grande mesure en faveur des importateurs (2015).
- Les contrats entre les entreprises automobiles et les importateurs contiennent peu de clauses en violation de l'art. 5 de la loi sur les cartels. Les contrats contiennent cependant des clauses pouvant représenter un abus d'un pouvoir de marché au sens de l'art. 7 de la loi sur les cartels (2015).
- **Clauses relatives aux données des clients en guise d'accords potentiels ou d'abus d'un pouvoir de marché.** Les clauses relatives aux données des clients contenues dans les contrats conclus entre le concessionnaire / l'atelier et l'importateur peuvent de facto être considérées comme des accords (art. 5 LCart) et comme abus d'un pouvoir de marché (art. 7 LCart) et entraîner par conséquent des compensations significatives (2016).

Constatations empiriques et économiques. Le présent examen a permis d'obtenir les constatations empiriques et économiques suivantes.

- **1^{ère} constatation empirique et économique : concurrence monopolistique dans la distribution automobile indésirable en termes d'économie nationale.** (i) La distribution automobile est un marché marqué par une concurrence monopolistique. Il en résulte le danger latent d'une double marginalisation nocive pour l'économie nationale. Plane en plus la menace d'une monopolisation du marché du service. (ii) La double marginalisation peut être soit empêchée par des accords verticaux solides entre le premier et le deuxième niveau du marché soit par une forte concurrence au deuxième niveau. Pour le premier niveau du marché, des accords verticaux sont le moyen idéal car ils permettent de conserver le contrôle direct sur tout le processus de création de valeur. Du point de vue de l'économie nationale, la solution de concurrence est plus attrayante notamment parce qu'elle empêche la monopolisation du marché de service complémentaire.
- **2^e constatation empirique et économique : les investissements spécifiques aux marques comme moyen de contrôle.** En raison de l'importante interdiction des accords verticaux qui pourraient restreindre la souveraineté des garagistes en matière de détermination des prix, les importateurs ont recours à des moyens indirects à savoir le contrôle vertical du deuxième niveau du marché. Un instrument très important dans ce contexte est constitué par la prescription de normes qui induisent par la même occasion des investissements pertinents sur le plan de la gestion d'entreprise. Ces investissements sont en partie spécifiques aux marques et représentent des coûts irrécupérables (« sunk costs ») pour les garagistes dès que le contrat de marque change. On consolide ainsi une dépendance entre le deuxième et le premier niveau du marché.
- **3^e constatation empirique et économique : durée d'amortissement des investissements spécifiques aux marques - plus longue que le délai de résiliation.** On a pu montrer que les investissements demandés par les importateurs étaient effectivement en grande partie spécifiques à la marque. Ces investissements réduisent le degré de concurrence entre les marques au niveau des produits finis que sont le « service de marque » et le « commerce de marque ». Selon l'analyse, la durée d'amortissement requise pour ces investissements dépasse très nettement le délai de résiliation. Le pouvoir de marché relatif des importateurs vis-à-vis des garagistes est ainsi renforcé. L'imposition répétée de nouvelles normes importantes menace par ailleurs l'existence

des garages. Au deuxième niveau du marché, la concurrence est donc menacée par la réduction potentielle du nombre de fournisseurs.

Il existe des preuves économiques et empiriques que i) les investissements demandés par les importateurs sont en effet en grande partie spécifiques aux marques, ii) que la durée d'amortissement requise pour ces investissements est nettement plus longue que le délai de résiliation, iii) que par conséquent la puissance de marché relative des importateurs par rapport aux garagistes est renforcée, iv) que la modification régulière des normes importantes rendant nécessaires les investissements peut menacer la survie des garages et v) que la concurrence au deuxième niveau du marché est ainsi menacée par la réduction potentielle du nombre de fournisseurs.

- **4^e constatation empirique et économique : protection efficace des investissements spécifiques aux marques - combinaison du délai de résiliation avec d'autres éléments de protection.** La possibilité de financer les investissements induits constitue une condition élémentaire pour le maintien d'une concurrence efficace au deuxième niveau du marché et donc pour la réalisation d'un résultat de marché efficace. Des mesures pour une protection proportionnée des investissements sont donc indiquées. La concentration traditionnelle sur la prolongation de la durée contractuelle n'est cependant pas suffisante selon les constatations empiriques. Il semblerait qu'une combinaison de sécurisation de la durée minimale de deux ans avec une protection spéciale des investissements dans les nouvelles normes favorisant principalement la monopolisation du produit final doit être envisagée. En guise d'alternative, on pourrait envisager de lier la fréquence d'imposition des normes aux durées contractuelles.

Il existe des preuves empiriques et économiques i) que la capacité à financer les investissements induits constitue une condition élémentaire pour une concurrence efficace, ii) qu'on a besoin de mesures de protection, iii) qu'une combinaison d'un délai de résiliation minimal de deux ans avec d'autres éléments de protection est à viser pour garantir une protection suffisante des investissements liés aux nouvelles normes imposées.

Résultats juridiques. L'examen a permis d'obtenir les constatations juridiques suivantes.

- **1^{ère} constatation juridique : pas de règles contractuelles uniformes pour la protection des PME dans la branche automobile.** (i) Le contrat de concessionnaire automobile et d'atelier n'est pas réglementé dans la loi : il s'agit d'un contrat innommé. (ii) C'est la variante d'incorporation dans le système du constructeur / de l'importateur qui détermine les normes du droit des contrats applicables au contrat en question. Selon la conception concrète du contrat, la branche automobile est protégée par le droit du mandat, d'agence ou du travail déterminant applicable au contrat ou à différentes clauses du contrat.
- **2^e constatation juridique : investissements hétérogènes et leurs éléments déclencheurs.** (i) Les investissements se manifestent sous de nombreuses formes comme les investissements dans des bâtiments, des systèmes informatiques, de la formation et de la formation continue, le visuel spécifique à la marque (Corporate Identity) et l'infrastructure spécifique à la marque. (ii) Les éléments déclencheurs des

investissements sont les règles des contrats d'atelier ou de concessionnaire automobile. On a par ailleurs de facto l'obligation d'effectuer les investissements à ses frais conformément aux directives de l'importateur. Dans le cas contraire, des conséquences sont à escompter (comme par exemple des réductions des marges voire la résiliation en cas de non-respect des normes).

L'expertise juridique montre que i) les contrats dans la branche automobile sont proches dans leur classement du contrat de mandat, d'agence ou de travail selon le type d'incorporation dans l'organisation de l'importateur, ii) que les contrats et notamment les normes en leur qualité d'éléments du contrat sont les éléments déclencheurs des investissements spécifiques aux marques iii) et que leur respect est contrôlé.

- **3^e constatation juridique : protection des investissements : état effectif et théorique.** (i) Le droit des contrats comprend de nombreuses normes protégeant les investissements des concessionnaires et ateliers automobiles en application par analogie aux contrats de concessionnaire ou d'atelier. La protection des investissements peut être obtenue par une durée contractuelle adaptée ou un délai de résiliation approprié, par d'autres conditions de résiliation (par exemple obligation de justifier la résiliation, raisons possibles pour la résiliation du contrat, conditions de retrait, traitement des données des clients et autorisation liée aux données du client, etc.), par un remboursement des frais et débours (pendant et après la relation contractuelle) ou par une indemnité / indemnisation pour les investissements spécifiques aux marques. (ii) La pratique montre sur ces entrefaites qu'une protection contractuelle des investissements n'est pas prévue dans la pratique hormis les règles de la Comauto. (iii) Les raisons sont a) que les contrats ne sont pas clairement affectables à un type de contrat et donc qu'on ne peut pas savoir avec certitude quelles normes relevant du droit des contrats seraient applicables et b) que les importateurs exploitent leur puissance de négociation (relative) à leur avantage.
- **4^e constatation juridique : protection améliorée des investissements grâce au droit des cartels.** (i) Les contrats de concessionnaire automobile et d'atelier qui sont en grande partie soumis au droit dispositif sont formulés par des constructeurs et / ou des importateurs puissants sur le marché (art. 4 al. 2 LCart). Les conditions de vente correspondantes ont tendance à favoriser l'importateur. On n'a pas de véritables négociations entre l'importateur et ses concessionnaires / ateliers. (ii) La loi sur les cartels protège les entreprises dépendantes contre les « conditions commerciales inéquitables » (art. 7 al. 2 let. C LCart). C'est le droit dispositif des contrats qui détermine quand un contrat est inéquitable car il statue légalement un règlement juste et équitable. (iii) Le mandataire est par exemple protégé quand le mandant doit lui verser des dommages et intérêts conformément à l'art. 404 al. 2 CO quand la résiliation est réalisée en temps inopportun. Ou l'employé est protégé par des délais de résiliation complets et des délais de protection contre une résiliation du contrat qui le ferait se retrouver en détresse économique (voir art. 336c CO).

L'expertise juridique montre que i) les contrats conclus dans la branche automobile s'écartent des réglementations de protection relevant du droit des contrats car on ne peut pas avoir d'affectation claire à un type de contrat et que des rapports de pouvoir inégaux sont utilisés pour garantir une liberté conceptuelle unilatérale, ii) que la loi sur les cartels protège les entreprises dépendantes contre les conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart) et contre une interruption non adéquate des relations commerciales (art. 7 al. 2 let. a LCart), que iii) cette inadéquation peut résulter d'une comparaison avec le droit dispositif (par exemple obligation de rembourser les frais dans le cadre du droit des mandats, indemnisation en cas de résiliation en temps inopportun pour le mandat, nullité de la réalisation en temps inopportun dans le contrat de travail).

- **5^e constatation juridique : protection améliorée des investissements grâce au respect du droit des contrats impératif et dispositif.** (i) Dans certains cas isolés, les normes du droit du travail et d'agence peuvent être applicables aux contrats automobiles. (ii) Des obligations de remboursement des frais et débours sont par exemple imaginables comme dans le droit des mandats (art. 402 al. 1 CO). Le droit d'agence prévoit aussi un tel remboursement des frais et débours lorsque l'agent a dû effectuer des dépenses sur instruction particulière du mandant (art. 418n al. 1 CO). L'investissement représente une dépense sur instruction particulière car il est souvent spécifique aux marques et induit par l'importateur. On pourrait par ailleurs envisager une sorte de « délai de protection » comme dans le droit du travail (art. 336c CO) – tout du moins pendant une certaine période après la réalisation d'un investissement afin qu'il puisse être amorti en grande partie. Un remboursement des dépenses subies par le garagiste suite à l'exécution d'investissements prescrits par contrat serait aussi possible en application par analogie avec les règles du droit du travail (art. 327a al. 1 CO).

L'expertise juridique montre en fin de compte que i), dans certains cas isolés, des normes du droit du mandat, d'agence ou du travail peuvent s'appliquer à la branche automobile, ii) que l'on pourrait par exemple envisager le remboursement des débours conformément à l'art. 402 al. 1 CO (mandat) ou à l'art. 327a al. 1 CO (droit du travail), des indemnités spéciales en cas de résiliation en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO), une indemnité en cas de résiliation abusive (art. 336a al. 1 CO) ou une sorte de « délai de protection » comme celui du droit du travail décrit dans l'art. 336c CO.

Résumé. Les principaux résultats peuvent être résumés de la manière suivante.

1. **Besoin d'une protection.** Les recensements effectués sur le plan économique et empirique ont permis de constater que les investissements spécifiques aux marques étaient insuffisamment protégés car la durée d'amortissement est régulièrement plus longue que le délai minimum de résiliation. Sur le plan économique, une protection suffisante devrait comprendre une combinaison d'un délai de résiliation minimum et d'autres éléments de protection.
2. **Droits de protection potentiels.** On a exposé juridiquement que, dans certains cas isolés, des normes du droit du mandat, d'agence ou du travail pouvaient s'appliquer aux contrats automobiles. La loi sur les cartels protège les entreprises dépendantes contre l'imposition unilatérale de conditions commerciales inéquitables ce qui comprendrait notamment aussi les normes induisant des investissements spécifiques aux marques. Le droit des contrats dispositif et impératif offre des normes de protection qui pourraient être utilisées pour déterminer l'opportunité.
3. **Combinaison.** Le droit des contrats renferme différents éléments de protection qui pourraient être combinés avec le délai de résiliation d'au moins deux ans pour garantir une protection adaptée des investissements spécifiques aux marques.