Distribution sélective : évolutions récentes et application au secteur du luxe

Jérôme Philippe

Séminaire Philippe Nasse – 24 mai 2018

Freshfields Bruckhaus Deringer

La distribution sélective

Section 1

Pourquoi la distribution sélective ?

Refus de vente ?

Rien n'interdit aujourd'hui le refus de vente…

- s'il est unilatéral, et

- si le fabricant n'est pas en position dominante, et

- s'il n'intervient pas brutalement dans le cadre d'une relation commerciale établie

TC Paris, 29 juin 2016, Automobiles Palau c/ Mazda Automobiles France : « Attendu que **le refus de contracter est un acte unilatéral** et qu'**il ne peut donc être appréhendé sur le fondement du droit des ententes** qui suppose un accord entre au moins deux parties visant à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence, **sauf à démontrer que ce refus résulterait de la demande d'un autre membre du réseau** »

Seule obligation : communiquer les conditions générales de vente (L.441-6 et L. 442-6, 9°)

Une sélection unilatérale des acheteurs semble donc possible légalement

Pourquoi la distribution sélective ?

Alors pourquoi la distribution sélective ?

Le problème est après : l'acheteur peut revendre à qui il veut…

Et cela ruine l'efficacité de la sélection initiale

Le vrai avantage de la distribution sélective :

- n'est pas le droit de sélectionner les acheteurs/revendeurs
- mais le droit de :
  - contrôler ***la façon*** dont ils revendent
  - restreindre leur ***capacité à revendre*** à certains autres revendeurs

Ces deux restrictions sont par nature contractuelles. Elles peuvent tomber dans le champ de la prohibition des ententes.

Il faut donc un cadre juridique : la distribution sélective

Le bénéfice de la distribution sélective

Interdiction de revente aux revendeurs non agréés :

- elle peut être imposée contractuellement à l'acheteur de manière licite

- elle est même protégée par la loi, y compris pour des tiers avec lesquels il n'y a pas de contrat :

L.442-6, 6° : « Engage la **responsabilité de son auteur** et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par **tout** producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de **participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau** faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence »

- elle s'étend même à la possibilité de ne pas communiquer ses CGV hors réseau :
CA Paris, 10 oct. 2016, Elysées Shopping c/ Rolex

Contrôle de la façon dont la revente est faite (environnement, conseil…) :

- son non-respect devient une faute contractuelle sanctionnable, y compris par la rupture du contrat

Le fondement de l'encadrement de la distribution sélective

L'arrêt Metro de la CJCE du 25 octobre 1977 (26/76)

(pour des « biens de consommation durables, de haute qualité et technicité »)

« des systèmes de distribution sélective constituaient, parmi d'autres, un élément de concurrence **conforme à l'article 85, paragraphe 1**, à condition que

> [1] le choix des revendeurs s'opère en fonction de **critères objectifs de caractère qualitatif**, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations,
>
> [2] que ces conditions soient fixées d'une manière **uniforme** à l'égard de tous les revendeurs potentiels et
>
> [3] appliquées de façon **non discriminatoire** » (para. 20)

« dans ces systèmes de distribution, l'accent n'est généralement pas mis de façon exclusive ni même principale sur la concurrence par les prix » (para. 21)

Le fondement de l'encadrement de la distribution sélective

L'arrêt L'Oréal de la CJCE du 11 décembre 1980 (31/80)

« Afin de déterminer l'exacte nature de ces critères de sélection «qualitatifs» des revendeurs, il est aussi nécessaire d'examiner si **les propriétés du produit en cause** nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un système de distribution sélective, et s'il n'est pas déjà satisfait à ces objectifs par une réglementation nationale de l'accès à la profession de revendeur ou des conditions de vente du produit en cause.

Enfin, il convient de **vérifier si les critères imposés ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire**. (…)

Lorsque l'accès à un réseau de distribution sélective est subordonné à des conditions allant au-delà d'une simple sélection objective de caractère qualitatif, en particulier lorsqu'il est fondé sur des critères quantitatifs, le système de distribution tombe en principe sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 »

Le fondement de l'encadrement de la distribution sélective

L'arrêt AEG-Telefunken de la CJCE du 25 octobre 1983 (107/82)

« des **exigences légitimes**, tel le **maintien d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité**, justifient cependant une **réduction de la concurrence par les prix** au **bénéfice d'une concurrence portant sur d'autres éléments que les prix**.

Les systèmes de distribution sélective constituent donc, du fait qu'ils visent à atteindre un résultat légitime, qui est **de nature à améliorer la concurrence**, là où celle-ci ne s'exerce pas seulement sur les prix, **un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1**, du Traité » (para. 4)

« **Une limitation de la concurrence sur les prix** doit cependant être considérée comme inhérente à tout système de distribution sélective, étant donné que les prix pratiqués par des commerçants spécialisés restent nécessairement à l'intérieur d'une fourchette beaucoup moins large que celle que l'on pourrait envisager dans le cas d'une concurrence entre commerçants non spécialisés. Cette limitation **est contrebalancée par une concurrence sur la qualité des prestations fournies aux clients, qui ne serait pas normalement possible en l'absence d'une marge bénéficiaire adéquate permettant de supporter les frais plus élevés connexes à ces prestations. Le maintien d'un certain niveau de prix est donc licite** mais seulement dans la mesure où il est strictement justifié par les exigences du système à l'intérieur duquel la concurrence doit continuer à exercer la fonction que lui confère le Traité. En effet, l'objectif d'un tel système est uniquement « l'amélioration de la concurrence en tant qu'elle porte sur des éléments autres que les prix » et non la garantie d'une marge bénéficiaire élevée pour les revendeurs agréés. » (para. 42)

L'encadrement via l'exemption par catégorie

Depuis le 1er juin 2000 : règlements 2790/1999 de 1999, puis 330/2010 du 20 avril 2010

Définissent la distribution sélective :

« système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système »

Exemption automatique sur le fondement de l'article 101(3)

à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas **30 %** du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels **et** que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas **30 %** du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels,

que l'acheteur ne soit pas un concurrent (à l'amont) du fournisseur,

et en l'absence de restrictions caractérisées.

Les restrictions caractérisées

- restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente

- **restreindre** le territoire sur lequel, ou **la clientèle à laquelle**, **un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels** sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, **sauf** s'il s'agit de :

  - restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur ;

  - restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché ;

  - **restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système**, [...]

- **restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché**, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé

- **restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents**, [...].

L’encadrement via l’exemption par catégorie

Les restrictions caractérisées :

- font perdre le bénéfice de l’exemption par catégorie prévue par le Règlement 330/2010

- ne font pas perdre le bénéfice potentiel d’une exemption individuelle

- **sont-elles des infractions par objet ?**

Leur statut au regard de 101(1) est ambigu :

- la Commission n’est pas habilitée à adopter des Règlements d’application de 101 (1) mais seulement de 101(3)

- Lignes Directrices Verticales de la Commission :

« Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est **présumé que cet accord relève de l'article 101, paragraphe 1**. Il est également **présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3**. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence **en vertu de l'article 101, paragraphe 3**, dans un cas donné » (para. 47).

L'encadrement via l'exemption par catégorie

Le Règlement d'exemption par catégorie a provoqué un glissement de 101(1) à 101(3)

- en pratique, la distribution sélective n'est quasiment plus analysée qu'au regard de 101(3)

  - soit elle ne contient pas de restriction caractérisée du règlement d'application de 101(3)

  - soit il faut rechercher une exemption individuelle… au regard de 101(3)

-> tout se passe comme s'il était acquis qu'elle enfreint 101(1) et qu'il faille se concentrer sur 101(3)

- pourtant ce n'est pas ce que dit l'arrêt Metro (**conforme à 101(1)** si les 3 conditions Metro sont respectées)

- ce n'est pas non plus ce que dit l'arrêt GALEC Yves Saint Laurent de 1992: « la distribution sélective des cosmétiques de luxe est de nature à **améliorer la concurrence** dans l'intérêt du consommateur »

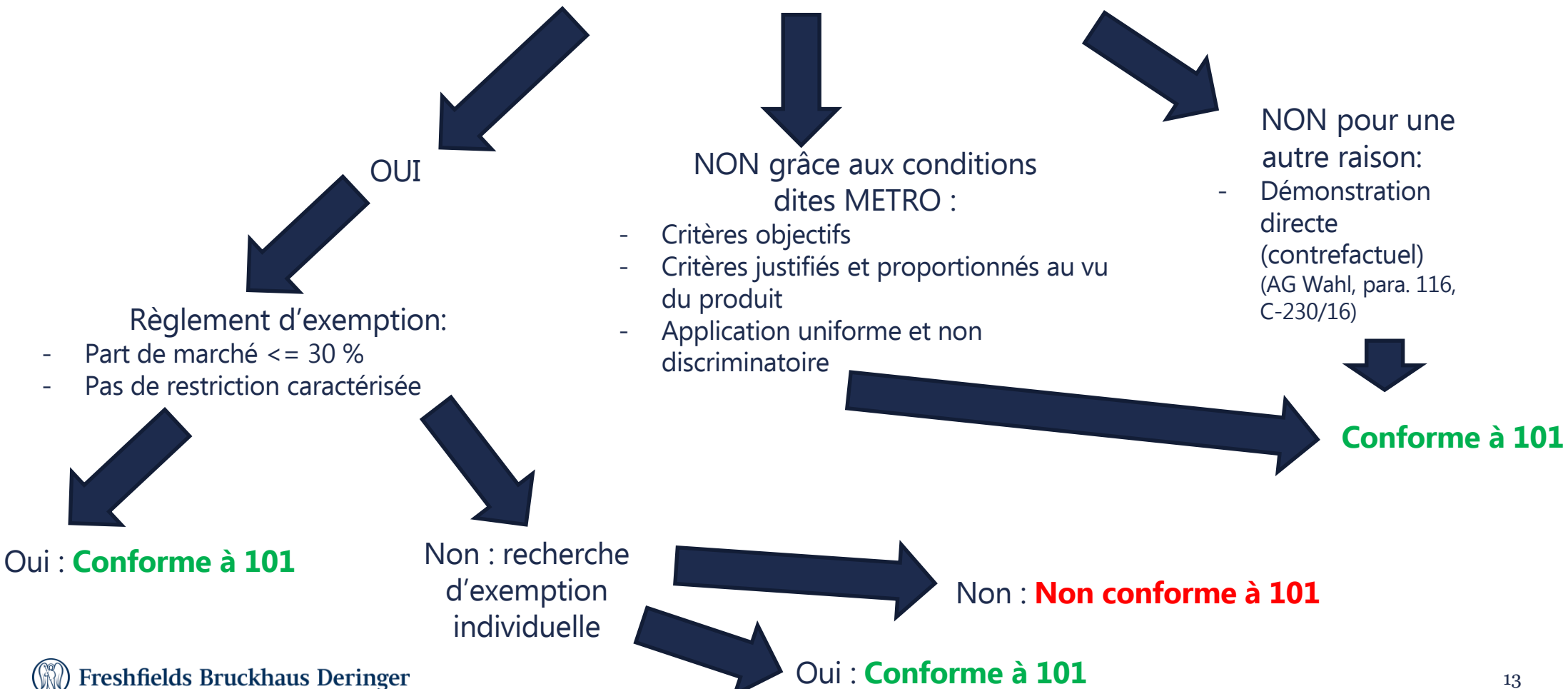
-> il convient de maintenir une analyse en deux temps :

  - d'abord 101(1), pour lequel Metro ne donne que des conditions suffisantes (et non nécessaires)

  - puis, si l'accord enfreint 101(1), alors l'analyse de la block exemption 101(3) et enfin de l'exemption individuelle 101(3)

Schéma d'analyse

L'accord enfreint-il 101(1) ?



Exemples : deux cas de figure typiques

Mise en œuvre qui vérifie les conditions METRO avec une part de marché supérieure à 30 % :

- compatible
- pas besoin de regarder le Règlement d'exemption, donc le seuil de 30% n'est pas applicable

Application non uniforme de l'accord, mais part de marché inférieure à 30 % et pas de restriction caractérisée :

- probablement non conforme à 101(1) (conditions METRO non vérifiées du fait de la discrimination)
- mais exempté en vertu du Règlement d'exemption
- ex: CA Paris, 30 septembre 2015, Horlogerie Doux c/ Rolex France :
  « les pratiques discriminatoires commises par le fournisseur à l'égard de ses distributeurs, qui ne constituent pas des restrictions caractérisées, sont exemptées lorsque celui-ci a une part de marché inférieure à 30 % »
  Voir aussi : Cass. com., 8 juin 2017, Lailler c/ Caudalie ; Cass. com., 8 juin 2017, Candy Sud c/ Eberhart Frères,
- également : TC Paris, 21 février 2018, Mercedes :
  « aucune obligation pour Mercedes d'agréer un candidat remplissant les critères de sélection en raison du principe de liberté contractuelle »
  Voir aussi TC Paris, 14 décembre 2016, Automobile Berry Sologne c/ Hyundai Motor France

Distribution sélective et luxe

Section 2

Distribution sélective et luxe : une longue histoire d'amour

TPICE, 12 decembre 1996, T-19/92 (Yves Saint Laurent Parfum) et T-88/92 (Givenchy), GALEC c/ Commission

« Le Tribunal estime, effectivement, qu'**il est dans l'intérêt des consommateurs recherchant des cosmétiques de luxe que l'image de luxe de tels produits ne soit pas ternie**, faute de quoi ils ne seraient plus considérés comme des produits de luxe » (para. 120).

« Leur nature de produits de luxe découle ultérieurement **de l'aura d'exclusivité et de prestige qui les distingue** des produits similaires relevant d'autres segments du marché et répondant à d'autres exigences du consommateur ».

« Le Tribunal estime qu'un critère qui a **pour seul objet de veiller à ce que l'enseigne du détaillant ne soit pas de nature à dévaloriser l'image de luxe** des cosmétiques de luxe constitue en principe une **exigence légitime** de la distribution de tels produits et **ne relève donc pas nécessairement de l'article 85, paragraphe 1**, du traité. En effet, il est à craindre que, en l'absence d'un tel critère, l'image de luxe des cosmétiques de luxe, et donc leur nature même, soit atteinte par la vente de ces produits par des détaillants dont l'enseigne est manifestement dévalorisante aux yeux des consommateurs ».

« Le Tribunal a déjà constaté que **la distribution sélective des cosmétiques de luxe est de nature à améliorer la concurrence dans l'intérêt du consommateur**, notamment en contribuant à la préservation de l'image « de luxe » des produits par rapport aux autres produits semblables qui ne sont pas dotés d'une telle image, de sorte que **l'article 85, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas à certains critères qualitatifs visant cet objectif** ». (para. 181)

Distribution sélective et luxe : une longue histoire d'amour

CJCE, 23 avril 2009, C-159/08, COPAD c/ Christian Dior Couture

« La qualité de produits de prestige résulte non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles, mais également de **l'allure et de l'image de prestige qui leur confèrent une sensation de luxe.**

En effet, les produits de prestige constituant des articles haut de gamme, **la sensation de luxe qui émane de ceux-ci est un élément essentiel pour qu'ils soient distingués, par les consommateurs**, des autres produits semblables.

Dès lors, **une atteinte à ladite sensation de luxe est susceptible d'affecter la qualité même de ces produits**. **»** (paras. 24, 25, 26).

Distribution sélective et luxe : une longue histoire d'amour

Conseil de la concurrence, décision 87-D-15 du 9 juin 1987

Conseil de la concurrence, décision 99-D-78 du 15 décembre 1999

ADLC, décision 07-D-34 du 24 janvier 2017, Clarins

«C'est pourquoi le Tribunal de première instance a considéré que **la distribution sélective constituait un moyen légitime à la disposition des fabricants souhaitant construire ou maintenir l'image de luxe et de prestige de leur marque**, sauvegarder les fruits de leurs efforts de promotion et maintenir, dans la perception des consommateurs, "**l'aura d'exclusivité et de prestige**" des produits en cause, notamment en assurant une présentation au public apte à les mettre en valeur dans un cadre en harmonie avec leur caractère luxueux »

Distribution sélective et luxe : une rupture ?

CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre (C-439/09)

«L'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence et ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE » (para. 46).

Considérant tout à fait inattendu compte tenu du contexte…

Vraie rupture ou incompréhension passagère ?

La distribution sélective à l'épreuve d'Internet

Section 3

Distribution sélective et Internet : les premières certitudes

Commission, lettre de classement, 17 mai 2001, Yves Saint Laurent Parfum

« La Commission a souligné dans ses lignes directrices l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne et encourage une large diffusion de ce moyen moderne de communication et de commercialisation. En particulier, **elle considère qu'une interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999**.

Le système YSLP satisfait aux conditions d'exemption posées par ce règlement. En effet, YSLP a fixé des critères de sélection autorisant ses détaillants agréés, **exploitant préalablement un point de vente physique**, à vendre leurs produits également par Internet ». (communiqué de presse)

-> Dès l'origine : il est interdit d'interdire. Mais il est possible d'encadrer :

- **existence d'un point de vente physique du distributeur agréé (permet d'exclure les *pure players*)**
- **conditions spécifiques de qualité adaptées à Internet imposées aux distributeurs agréés**

Distribution sélective et Internet : les premières certitudes

Série de décisions du Conseil de la concurrence

- 06-D-24, 24 juillet 2006, Festina (engagements)

  CA Paris, 16 octobre 2007 : « Festina France ne pose aucune interdiction catégorique de vente sur Internet, ni ne se réserve cette activité (…) Or, **elle est fondée à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité** notamment par un service après-vente efficace, et assurer la mise en valeur de ses produits, **que la vente sur Internet n'intervienne**, dans l'intérêt même des consommateurs, **qu'en complément d'un point de vente physique** »

- 07-D-07, 8 mars 2007, produits cosmétiques (10 sociétés sur 11 acceptent de proposer des engagements ; Pierre Fabre refuse)

  « **la vente sur Internet ne peut être prohibée en principe**, sauf circonstances exceptionnelles qui seraient par exemple liées à des raisons de sécurité, et que les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif visé »

  Plusieurs des engagements acceptés interdisent les *pure players*

- 08-D-25, 29 octobre 2008, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique

  CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09

- 12-D-23, 12 décembre 2012, Bang & Olufsen

Distribution sélective et Internet : les premières certitudes

CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique

- critère de distribution sélective : présence physique d'un diplômé en pharmacie
- critère qui pré-existe à Internet, mais exclut de fait la vente sur Internet
- Conseil de la concurrence : restriction caractérisée => infraction par objet, non exemptable
  (article 4 du Règlement d'exemption : restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché)
- CJUE : ne reprend pas le lien de causalité, mais néanmoins conclut à infraction par objet et non exemptable par catégorie

  « une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, **ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes**, **constitue une restriction par objet** au sens de cette disposition **si, à la suite d'un examen individuel et concret** de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, **il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée** »

  « **l'exemption par catégorie [...] ne s'applique pas** à un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels »

Distribution sélective et Internet : les premières certitudes

La période des premières certitudes est synthétisée par les Lignes Directrices de 2010 de la Commission sur les restrictions verticales

« **En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits**. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive » (Paragraphe 52, Lignes directrices sur les restrictions verticales).

Interdit :

- interdiction totale pour les distributeurs de vendre sur Internet
- interdiction de limiter la part (en %) des ventes des distributeurs sur Internet

Autorisé :

- exiger des distributeurs qu'ils disposent de points de vente physiques (exclut les *pure players*)
- exiger des distributeurs qu'il vendent au moins une certaine quantité absolue de produits hors ligne (pour assurer le bon fonctionnement de leurs points de vente physiques)
- « clause de logo » : exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce (para. 54)

Distribution sélective et Internet : l'incertitude

L'avis de l'Autorité de la concurrence de 2012 sur le Commerce électronique

La distribution sélective, qui permet au fabricant de soumettre la vente de ses produits en magasin et sur Internet au respect de certaines conditions, **se justifie généralement par la volonté de préserver l'image haut de gamme d'un produit ou par ses caractéristiques techniques**. Il peut ainsi être légitime, pour garantir une qualité de service suffisante au consommateur, qu'un fabricant exige par exemple que le site Internet du distributeur, à l'instar de ses points de ventes physiques, respecte des standards de qualité.

Pour autant, la distribution des produits en ligne ne doit pas être découragée par rapport à la distribution hors ligne: les conditions relatives à la vente en ligne des produits doivent être **équivalentes** à celles posées pour la vente en magasin.

Enfin, l'Autorité envisage le **retrait possible d'une exemption par catégorie, dans les cas où les caractéristiques du produit ne nécessiteraient pas une distribution sélective** ni l'application de critères tels que, par exemple, l'obligation faite aux distributeurs de disposer d'un ou plusieurs points de ventes physiques, ou de fournir des services spécifiques, même dans l'hypothèse où les parts de marché seraient inférieures à 30 %.

Distribution sélective et Internet : l'incertitude

Allemagne 2014, France 2015

Adidas interdit à ses détaillants autorisés la commercialisation de ses produits sur les **plateformes en ligne.**

Au cours de l'enquête, Adidas a **retiré l'interdiction de ses accords de distribution sélective**.

L'Autorité de la Concurrence Française et le Bunderskartellamt **ont ainsi interrompu les enquêtes en cours**.

Allemagne, 2017

Asics avait interdit à ses concessionnaires autorisés d'utiliser les **moteurs de comparaison de prix** pour leurs ventes en ligne.

Le Bundeskartellamt a **décidé que cette interdiction était anti-concurrentielle**

Asics a fait appel de la décision, mais la Cour Fédérale de justice allemande a **confirmé** par une jugement de décembre 2017 la décision du BKA

Distribution sélective et Internet : l'incertitude

ADLC, décision 14-D-07 du 23 juillet 2014

Plainte et demandes de mesures conservatoires de la SA Concurrence contre Samsung

Mesures conservatoires rejetées, mais :

« tous les contrats de distribution sélective de Samsung contiennent une **clause d'interdiction générale des ventes sur les sites internet non agréés et/ou sur tout site tiers, notamment de marketplaces**, ce que revendique le fabricant.

Les pages relatives aux « critères d'Agrément généraux » pour les « ventes en ligne » et le « cadre de vente » se bornent à rappeler les conditions d'agrément pour les sites internet en général et les sanctions encourues à défaut, sans aucune stipulation sur les sites tiers ou de marketplaces de nature à tempérer cette interdiction. […]

En conséquence, **il n'est pas exclu que l'ensemble de ces éléments**, qui ne peuvent être regardés comme insuffisamment probants, **puisse révéler des indices de restrictions verticales sur les ventes actives et passives** des détaillants actifs sur le marché pertinent. Il y a donc lieu de poursuivre l'instruction de la pratique dénoncée. »

Distribution sélective et Internet : l'incertitude

France 2016

Caudalie s'oppose à la distribution sur Internet de ses produits par des pharmaciens utilisant la plateforme 1001pharmacies.com

1001pharmacies.com n'est pas un *pure player* mais une place de marché : la vente reste juridiquement faite par le pharmacien

Par une ordonnance du 31 décembre 2014, le président du tribunal de commerce de Paris enjoint à 1001pharmacie.com de cesser la commercialisation des produits Caudalie

La Cour d'appel de Paris infirme l'ordonnance par un arrêt du 2 février 2016

Le 13 septembre 2017, par un arrêt Caudalie c/ eNova, la Cour de cassation casse l'arrêt et juge que la commercialisation sur une place de marché non-agréée de produits sélectifs en violation de l'interdiction de revente hors réseau faite aux distributeurs constitue un trouble manifestement illicite de nature à donner lieu à référé

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

Commission : pré-Rapport, puis Rapport le 10 mai 2017 sur le Commerce électronique

Sur les *pure players* :

Les exigences relatives à l'existence un point de vente physique sont généralement couvertes par le règlement d'exemption et il n'y a pas lieu de modifier par principe cette situation. Toutefois, il pourrait être nécessaire de soumettre certaines exigences d'exploitation d'au moins un point de vente physique, qui sont sans lien manifeste avec la qualité de la distribution et/ou d'autres gains d'efficience potentiels, à un examen plus approfondi dans des cas individuels

Sur les *market places* :

En règle générale les interdictions d'utiliser des places de marché n'équivalent pas à une interdiction de fait des ventes en ligne, ni ne restreignent l'utilisation effective de l'Internet en tant que canal de vente

En conséquence **les interdictions (absolues) d'utiliser des places de marché ne doivent pas être considérées comme des restrictions caractérisées**

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

L'affaire Nike au Pays-Bas

Le 4 octobre 2017, le tribunal d'Amsterdam rendu un jugement favorable Nike dans une action contre un distributeur qui n'avait pas respecté la politique de distribution sélective

Le tribunal a jugé que le système de distribution sélective de Nike, qui comprenait une **interdiction des ventes via des plates-formes en ligne non autorisées**, était **compatible avec le droit de la concurrence dans la mesure où il cherchait à préserver l'image de luxe produits de Nike**.

Le Tribunal fait une référence expresse aux conclusions de l'AG Wahl dans l'affaire Coty, en ce qu'il affirmait qu'**eu égard de leurs caractéristiques et de leur nature, les produits de luxe peuvent nécessiter de la mise en œuvre d'un système de distribution sélective afin de préserver la qualité de ces produits et pour s'assurer qu'ils soient correctement utilisés**.

Sur la base de ce raisonnement, le Tribunal a jugé que Nike était autorisé à mettre en place un système de distribution sélective pour préserver l'image de luxe de ses produits.

Distribution sélective et Internet le nouvel équilibre

L'affaire Coty Germany (C-230/16)

Le 6 décembre 2017, la CJUE a dit pour droit qu'un système de distribution sélective de produits de luxe **visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits** est conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que

(i) le choix des revendeurs s'opère en fonction de **critères objectifs de nature qualitative**, fixés d'une manière **uniforme** à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon **non discriminatoire**, et

(ii) **que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire**

Et en particulier :

« il ne saurait être déduit de l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, que son point 46 visait à établir une déclaration de principe »

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

L'affaire Coty Germany (C-230/16)

La Cour dit aussi pour droit que l'article 101, paragraphe 1, TFUE **ne s'oppose pas à une clause contractuelle qui interdit aux distributeurs agréés d'un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits, de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet des produits contractuels, dès lors que certaines conditions sont respectées**.

Trois conditions doivent être respectées, la clause doit :

(i) viser à préserver l'image de luxe desdits produits

(ii) être fixé d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire

(iii) et être proportionnée au regard de l'objectif poursuivi

Elle confirme aussi qu'en tout de cause, **l'interdiction de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet ne constitue pas une restriction caractérisée** car elle n'est pas une restriction de clientèle.

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

L'affaire Coty France : CA Paris, 28 février 2018, Coty c/ ShowRoomPrivé.com

« Il n'est pas contesté que **les clauses litigieuses ont pour objet de préserver l'image de luxe des produits, sont fixées de manière uniforme et appliquées de façon non discriminatoire** à l'égard de tous les distributeurs agréés.

Dès lors, il convient de vérifier si, dans des circonstances telles que celles en cause, **ces clauses sont proportionnées** au regard de l'objectif poursuivi, c'est-à-dire si ces restrictions sont **appropriées pour préserver l'image de luxe des produits en cause et si elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif**.

La clause incriminée est donc proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, c'est-à-dire qu'elle est appropriée pour préserver l'innovation et la distribution de nouveaux produits de luxe et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

L'affaire Coty France : CA Paris, 28 février 2018, Coty c/ ShowRoomPrivé

Interdiction de principe de la vente Internet par le biais de plate-formes ou de places de marche :

« Cette clause est appropriée pour préserver l'image de luxe desdits produits et ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, car elle n'interdit pas de manière absolue aux distributeurs agréés de vendre sur Internet les produits contractuels. Elle est donc licite au regard de l'article 101(1) TFUE »

Interdiction des *pure players* (obligation de disposer d'un point de vente physique) :

« Les consommateurs ne recherchent pas le même service en ligne et en magasin : si, en magasin, ils attendent avant tout un service, un conseil et la possibilité de retirer le produit immédiatement, en ligne, en revanche, les consommateurs sont motivés avant tout par le prix, et ne peuvent tester le produit ni l'obtenir immédiatement »

« Ils trouvent [en magasin] un environnement conforme à l'image de luxe des parfums vendus, difficilement comparable à celui offert par les sites *pure players* généralistes ». « La dispensation de conseils est utile ».

« Enfin, les consommateurs disposent de la possibilité de s'approvisionner en produits sur les sites Internet des distributeurs agréés par Coty France ».

La CA Paris condamne finalement Showroomprivé pour concurrence déloyale (violation du réseau de distribution sélective) et parasitisme.

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

Enfin, deux arrêts du 16 mai 2018 de la Cour de cassation jugent que la limitation de la vente sur des plate-formes tierces n'est pas en soi contraire à l'article 101(1):

- arrêt France Télévision
- arrêt Brandalley

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

Conclusions de l'Avocat Général Wahl sous l'arrêt Coty C-230/16

« Par son raisonnement, la Cour a implicitement mais nécessairement admis qu'une réduction de la concurrence intramarque (*intra-brand competition*) pouvait être admise lorsqu'elle est indispensable à la **stimulation de la concurrence intermarques** (*inter-brand competition*). »

« dans le prolongement de certaines orientations doctrinales, elles-mêmes alimentées par les analyses des économistes, il s'est progressivement imposé, notamment dans l'élaboration d'une nouvelle génération de règlements d'exemption par catégorie, que **de tels systèmes sont, en général, porteurs d'effets positifs du point de vue de la concurrence**. »

« dans la mesure où ils tendent à agréer les distributeurs de certains produits sur la base de critères qualitatifs requis par la nature de ces produits, **les systèmes de distribution sélective favorisent et protègent le développement de l'image de marque** (*brand image*). **Ils constituent un facteur de stimulation de la concurrence entre les fournisseurs de produits de marque**, à savoir la concurrence intermarques, en ce qu'ils permettent aux fabricants d'organiser efficacement la distribution de leurs produits et de satisfaire les consommateurs »

« Les systèmes de distribution sélective sont, notamment pour les produits présentant des qualités singulières, un **vecteur de pénétration des marchés**. Les marques, et en particulier les marques de luxe, tirent en effet leur **plus-value** d'une perception stable par les consommateurs de leur qualité élevée et de leur exclusivité dans leur présentation et dans leur commercialisation. Or, cette stabilité ne peut être garantie lorsque ce n'est pas la même entreprise qui assure la distribution des produits. »

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

Conclusions de l'Avocat Général Wahl sous l'arrêt Coty C-230/16

« plus les critères de sélection que le fournisseur impose sont sévères, plus celui-ci s'expose, du fait de la réduction de la distribution des produits qui en découle, à une perte de marché et de clientèle. Dès lors et à moins qu'il dispose d'un « pouvoir de marché » significatif, **le fournisseur, tête de réseau, est, en principe, conduit à « autoréguler » son comportement dans un sens conforme aux règles de concurrence.**

En conséquence, il peut être considéré que **les systèmes de distribution sélective produisent, de manière générale, des effets neutres, voire bénéfiques, du point de vue de la concurrence** ».

« En résumé, **si, à l'issue d'un examen tout à la fois superficiel et formaliste, certaines obligations contractuelles** imposées aux détaillants dans le cadre des systèmes de distribution sélective **ont aisément pu être assimilées**, en ce qu'elles limitaient la liberté commerciale des distributeurs concernés, **à des limitations potentielles de concurrence**, il s'est très vite imposé, tant dans la jurisprudence élaborée depuis l'arrêt Metro SB-Großmärkte/Commission que dans la réglementation applicable en matière d'exemption par catégorie, **qu'un système de distribution sélective reposant sur des critères qualitatifs est, sous certaines conditions, de nature à générer des effets pro-concurrentiels et ainsi ne pas tomber sous le coup de l'interdiction des ententes visée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE**. »

Distribution sélective et Internet : le nouvel équilibre

Conclusions de l'Avocat Général Wahl sous l'arrêt Coty C-230/16

« Dans ce contexte, il doit être souligné que **l'article 101 TFUE ne vise pas à encadrer ou à proscrire certaines obligations contractuelles librement consenties, telles celles qui découlent du contrat liant un distributeur à son fournisseur, mais s'attache essentiellement aux incidences économiques des comportements** visés du point de vue de la concurrence.

Aussi, **le fait qu'un accord de distribution sélective soit éventuellement porteur d'un déséquilibre contractuel entre les parties, notamment au détriment du distributeur agréé, n'est pas une circonstance pertinente** dans le cadre de l'examen des effets restrictifs de concurrence de cet accord ».

Les questions ouvertes

Section 4

Le nouveau paradigme est-il limité au luxe ?

Pas de définition très précise des produits de luxe. Idée d'une « aura exclusive ».

Conseil de la concurrence, 06-D-04 bis du 13 mars 2006 : « Sous le terme de parfums et cosmétiques "de luxe", sont visés les produits chers, identifiés comme de haute qualité, et qui relèvent de la distribution sélective. »

La Cour, saisie dans Coty Germany d'une question préjudicielle, ne se prononce que sur la question posée, qui concernait le luxe.

Mais le raisonnement ne semble pas être limité aux produits de luxe.

Sur la question 1 (licéité de la distribution sélective), **la Cour indique explicitement s'inscrire dans la ligne de Metro** et en réalité répète la jurisprudence Metro, qui ne concernait pas le luxe : **la réponse semble donc excéder le champ du luxe.**

Sur les questions 3 et 4 (absence de restriction caractérisée pour l'interdiction de vente sur plates-formes), **le raisonnement est totalement indépendant de la nature du produit**, puisqu'il consiste à noter que cette restriction ne s'analyse pas comme une restriction de clientèle ni une restriction de vente passive : **il est certain que cette réponse excède le champ du luxe.**

Le nouveau paradigme est-il limité au luxe ?

Sur les question 2 (licéité de l'interdiction de vente sur plates-formes), l'un des principaux arguments utilisés excède clairement le champ du luxe :

« l'interdiction en cause au principal permet au fournisseur de produits de luxe de contrôler que ses produits seront vendus en ligne dans un environnement qui correspond **aux conditions qualitatives qu'il a convenues** avec ses distributeurs agréés »

« eu égard à l'absence de relation contractuelle entre le fournisseur et les plateformes tierces lui permettant d'exiger de ces plateformes le respect des conditions de qualité qu'il a imposées à ses distributeurs agréés, **ne saurait être considérée comme étant aussi efficace que l'interdiction en cause au principal** l'autorisation accordée auxdits distributeurs de recourir à de telles plateformes sous la condition que ces dernières répondent à des exigences de qualité prédéfinies. »

En outre, l'AG Wahl suit un autre raisonnement qui n'est pas non plus limité au luxe :

« L'interdiction absolue imposée aux membres d'un système de distribution sélective de recourir de façon visible, pour leurs ventes par l'intermédiaire d'Internet, à des entreprises tierces constitue ainsi une restriction tout à fait analogue à celle qui, selon la Cour, est justifiée et nécessaire pour garantir le fonctionnement d'un système de distribution sélective basé uniquement sur le commerce physique, et donc légitime au regard du droit de la concurrence, conformément à la jurisprudence.

En conclusion, l'interdiction faite aux distributeurs agréés de recourir à des plateformes en ligne tierces peut être exclue du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE en ce qu'elle est de nature à améliorer la concurrence reposant sur des critères qualitatifs. »

La réponse semble donc aussi excéder le champ du luxe.

Le nouveau paradigme est-il limité au luxe ?

La DG concurrence a publié son interprétation de l'arrêt Coty de la CJEU

Sur la première question, la Commission est d'avis que la référence à Metro conduit à élargir la solution au-delà du luxe.

La Commission est moins affirmative s'agissant de la deuxième question et se contente d'indiquer que le jugement de la Cour n'exclut pas une application au-delà du luxe. Elle note aussi que certains arguments excèdent le secteur du luxe.

Sur la troisième et quatrième question préjudicielle, la Commission considère que les arguments fournis par la Cour sont valables quelle que soit la catégorie de produits concernés et sont également applicables aux produits non de luxe. La DG concurrence en conclut qu'une interdiction de vente sur les *market places* ne constitue pas, de manière certaine, une restriction caractérisée en indépendamment de la catégorie de produit concernée.

Le nouveau paradigme est-il stable ?

Sur la distribution sélective : le renvoi quasi-permanent à Metro laisse entrevoir que une véritable stabilité de la solution.

Sur l'interdiction des *market places* : la solution est affirmée d'une manière claire, et l'AG Wahl la présente comme découlant d'une tendance de fond. Elle devrait être stable pour au moins quelques années. Pour autant, le jugement se fonde aussi sur des caractéristiques observées du marché dans son état actuel. Il n'est donc pas exclu que la solution puisse évoluer dans le futur si l'état du marché change de manière notable.

Merci !