

**Compte-rendu du séminaire Philippe Nasse du jeudi 24 mai 2018 :**  
**« Distribution sélective : évolutions récentes et application au secteur du luxe »**

Lors du séminaire organisé le 24 mai 2018, **Emmanuel Combe** (vice-président de l'Autorité de la concurrence) et **Jérôme Philippe** (économiste, avocat associé chez Freshfields Bruckhaus Deringer) ont débattu sur le thème « distribution sélective : évolutions récentes et application au secteur du luxe ». La séance a été animée par **Étienne Pfister**, chef du service économique de l'Autorité de la concurrence. Les propos contenus dans ce document n'engagent que leurs auteurs et ne sauraient être considérés comme constituant une prise de position officielle de leurs employeurs ou de la Direction générale du Trésor.

### **INTRODUCTION D'ÉTIENNE PFISTER**

La distribution sélective permet à la fois de sélectionner les distributeurs et d'être certain que tous les revendeurs de produits ont été agréés. C'est donc une restriction, qui doit être justifiée en matière de droit de la concurrence. A cet égard, la distribution sur internet a soulevé de nombreuses questions : est-il possible pour un fabricant d'interdire les ventes sur internet ? Quelles sont les modalités de commercialisation sur internet qui vont être accessibles aux distributeurs agréés ? Peuvent-ils par exemple recourir aux places de marché ?

### **INTERVENTION D'EMMANUEL COMBE**

#### **1. Le marché du luxe : quelques chiffres, quelques tendances**

**Le secteur du luxe analysé ici correspond au secteur du luxe à la personne** (horlogerie, joaillerie, parfums, bagagerie notamment) et représente 22 % du marché du luxe, le secteur automobile ne sera ainsi pas évoqué. **Le luxe est un enjeu industriel pour l'Europe** : 8 des 100 plus grandes marques dans le monde sont des marques de luxe européennes (françaises et italiennes)<sup>1</sup>. L'étude de la DG Trésor de 2013<sup>2</sup> sur le marché du haut de gamme montre que l'Allemagne, l'Italie, la France et la Suisse représentent 64 % du marché des produits haut de gamme à l'export. Enfin l'Europe est aussi le premier lieu de consommation de biens de luxe à la personne<sup>3</sup>.

Les ventes en ligne ont commencé à croître de manière significative seulement depuis 2014 : la part de ce canal de distribution a depuis été multipliée par deux pour atteindre aujourd'hui 9 % des ventes et elle devrait atteindre environ 25 % en 2025<sup>4</sup>. Le marché est pour l'heure surtout américain et concerne essentiellement les accessoires. Les places de marché représentent 40 % des achats en ligne pour les biens de luxe, contre 30 % pour les sites propres à la marque et 30 % pour les sites des distributeurs.

#### **2. Luxe et distribution sélective : quelques questions ouverte après l'arrêt Coty**

En 2012, l'entreprise Coty décide d'interdire les ventes sur les places de marché de manière visible par ses distributeurs agréés et l'un d'eux refuse d'obtempérer. L'affaire portée devant les tribunaux va donner lieu à l'arrêt Coty<sup>5</sup>. Ce dernier stipule que la décision de l'entreprise Coty est compatible avec l'article 101(1) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), relatif aux ententes anticoncurrentielles, pour autant qu'il respecte les **critères Metro**<sup>6</sup> :

- les propriétés du produit justifient la nécessité de la distribution sélective ;
- les critères de choix des revendeurs sont objectifs, qualitatifs, uniformes et non discriminatoires ;
- les critères sont proportionnés par rapport à l'objectif suivi.

Ainsi **la vente de produits de luxe peut justifier la mise en place d'un réseau de distribution sélective**, comme le stipulait déjà l'abondante jurisprudence sur le sujet<sup>7</sup>. L'arrêt Leclerc/Givenchy est même allé jusqu'à considérer qu'une distribution sélective était dans l'intérêt des consommateurs. C'est l'approche adoptée par l'école de Chicago qui considère que les restrictions verticales sont bénéfiques à la fois pour le producteur et pour le

<sup>1</sup> Source : Interbrand, Best Global Brands 2017

<sup>2</sup> Sautard R., Duchateau A. et J. Rasolofoarison (2013), « Les biens haut de gamme, un avantage comparatif européen ? », *Trésor-Eco*, n°118, septembre.

<sup>3</sup> Ce qui ne veut pas dire que les consommateurs sont des européens, il peut s'agir de touristes.

<sup>4</sup> Source : Bain & Company, 2017.

<sup>5</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dde32162f5405c4055b31fdd98e85d1e88.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbh0?text=&docid=197487&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=191463>

<sup>6</sup> Arrêt Metro de la CJCE du 25 octobre 1977 (26/76).

<sup>7</sup> L'Oréal (CJUE 1980), YSL Parfums (Commission, 1991), Leclerc/Givenchy (TPI, 1996), Porcelaine de Limoges (99-D-78, CDLC), Clarins (07-D-03, CDLC).

consommateur car l'image de marque a aussi une valeur pour le consommateur. En l'absence de distribution sélective, le distributeur en ligne récupère en théorie tout le profit alors que ce n'est pas lui qui offre le service de plus haute qualité (conseil à la vente notamment), ce qui amène à un équilibre où aucun distributeur n'offre de service. L'école de Chicago en conclut ainsi qu'il faut imposer des prix identiques aux différents revendeurs pour inciter ces derniers à offrir un service de qualité.

Deux questions restent ouvertes :

- **Quelles frontières pour les produits de luxe ?** Est-ce que les produits de luxe et les produits de prestige sont identiques ? Est-on sûr que tous les Européens ont la même perception de ce qu'est un produit de luxe ?<sup>8</sup>

La jurisprudence amène à retenir les quatre critères cumulatifs suivants pour un produit de luxe : détention d'une marque, « haute qualité » du produit, perception par le client (exclusivité, aura) et prix élevé par rapport aux biens semblables.

- **Au-delà du luxe : quels critères de conformité de la distribution sélective à l'article 101 ?**

La Commission précise dans son dernier Competition Policy Brief<sup>9</sup> que l'arrêt Coty ne doit pas être interprété comme strictement limité au secteur du luxe. L'approche retenant les 4 critères évoqués précédemment risque d'être trop restrictive, alors qu'une approche plus extensive fondée uniquement sur le critère de l'image de marque par exemple risque de recouvrir au final quasiment tous les produits. Il semble ainsi nécessaire de retenir une approche transversale, reposant sur le critère de la nécessité d'un service avant ou après l'achat qui peut être détaché de l'acte d'achat (conseils sur le bon usage et les risques pour les produits technologiques par exemple, essais et conseil dans la parfumerie, etc.). C'est l'argument retenu par la décision Kronenbourg (CDLC, 2005) : les futs de bière doivent être bien utilisés, et chaque distributeur doit donc respecter des normes minimales de qualité.

### 3. Ventes en ligne et luxe : un sujet évolutif

Bien qu'il soit interdit d'interdire par principe le commerce en ligne des distributeurs agréés, **il semble néanmoins possible d'imposer aux distributeurs agréés la présence d'au moins un point de vente physique** et donc d'exclure les *pure players* d'un réseau de distribution sélective (cf. lignes directrices de la Commission, paragraphe 54).

L'arrêt Coty se prononce à la fois sur (i) le caractère approprié et proportionné d'une interdiction pour les distributeurs agréés de recourir à des plateformes tierces pour la revente en ligne « de façon visible », et (ii) sur le fait que cette interdiction n'est pas une restriction caractérisée. Mais **la situation est à la fois évolutive** (le confort d'achat en ligne pourrait évoluer avec l'intelligence artificielle) **et complexe**, de par la multiplicité des points de vente disponibles (magasin en propre, distributeur physique agréé, site de la marque, site du distributeur agréé, sites des *pure players* tous produits, sites des *pure players* produits de luxe, places de marché).

## INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

### 1. La distribution sélective

**La distribution sélective est utile moins pour la sélection unilatérale des acheteurs** (qui serait de toute façon possible) que pour permettre de contrôler la façon dont les acheteurs revendent et restreindre leur capacité à revendre à certains autres revendeurs. Dans le cadre de la distribution sélective, cette interdiction de revendre peut être imposée contractuellement, et elle devient même alors protégée par la loi, y compris vis-à-vis des tiers (L. 442- 6, 6° du Code de commerce).

**L'encadrement de la distribution sélective repose sur trois arrêts fondateurs :**

- l'arrêt Metro de la CJCE du 25 octobre 1977 (26/76)<sup>10</sup> : il est relatif à des « biens de haute qualité et technicité » et établit que les systèmes de distribution sélective constituent « un élément de concurrence » à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères qualitatifs objectifs, que ces conditions soient fixées de manière uniforme et appliquées de manière non discriminatoire ; il en ressort

<sup>8</sup> En Allemagne, l'argument du luxe n'a pas été retenu pour la marque de baskets Asics alors qu'il a été évoqué avec succès par l'entreprise Nike aux Pays-Bas.

<sup>9</sup> Commission européenne (2018), « EU competition rules and marketplace bans: where do we stand after the Coty judgment? », *Competition policy brief*, avril.

<sup>10</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0026>

qu'un système de distribution vérifiant ces critères ne constitue pas une restriction de concurrence et n'entre pas dans le champ de l'article 101(1) relatif à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles ;

- l'arrêt L'Oréal de la CJCE du 11 décembre 1980 (31/80)<sup>11</sup> : il évoque les propriétés des produits en cause pour justifier un système de distribution sélective et le caractère proportionné des critères ; ce critère va s'ajouter à ceux de l'arrêt Metro pour constituer, ensemble, ce que l'on nomme depuis lors les "conditions Metro" ;
- l'arrêt AEG-Telefunken de la CJCE du 25 octobre 1983 (107/82)<sup>12</sup> : il considère que le maintien d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité est une exigence légitime ; là encore le système de distribution sélective est considéré comme de nature à améliorer la concurrence.

### **Une deuxième approche se développe à partir des années 2000 avec l'exemption par catégorie<sup>13</sup> et l'analyse se fait alors en deux temps :**

- si le système de distribution sélective vérifie les conditions Metro, alors il n'enfreint pas l'article 101(1) (les conditions Metro sont suffisantes mais non nécessaires pour cela)<sup>14</sup> ;
- si l'accord enfreint l'article 101(1), il faut alors analyser l'exemption 101(3) par catégorie (*i.e.* s'assurer qu'il n'y a pas de restriction caractérisée et que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont inférieures à 30 % pour bénéficier de cette exemption<sup>15</sup>), et enfin, si l'exemption par catégorie ne peut s'appliquer, examiner la possibilité d'une exemption individuelle.

## **2. Distribution sélective et luxe**

La jurisprudence a estimé dans plusieurs affaires<sup>16</sup> qu'il était dans l'intérêt des consommateurs recherchant des cosmétiques de luxe que l'image de luxe de tels produits ne soit pas ternie, et qu'une atteinte à la sensation de luxe affecte la qualité des produits et nuit aux consommateurs. La jurisprudence de la Cour de Justice considère ainsi de manière constante que le maintien de l'image de marque constitue un motif légitime et suffisant de mise en place d'un réseau de distribution sélective, et que, pourvu que ce réseau respecte les conditions Metro, il constitue un élément de concurrence et n'enfreint pas l'article 101(1). Un doute avait pu naître avec l'arrêt Pierre Fabre de 2011<sup>17</sup>, mais la Cour de Justice a eu l'occasion, dans son récent arrêt Coty Germany<sup>18</sup>, de préciser que le considérant négatif de l'arrêt Pierre Fabre qui était à l'origine du doute ne concernait que l'interdiction absolue de revente sur internet et non la distribution sélective elle-même.

## **3. La distribution sélective à l'épreuve d'internet**

**1<sup>ère</sup> phase - les premières certitudes** : le principe de l'« interdiction d'interdire » la revente sur internet, aménagé par la possibilité de réserver la revente en ligne aux distributeurs agréés disposant de points de vente physiques (*i.e.* droit d'exclure les *pure players*), et celle d'imposer des conditions spécifiques de qualité sur Internet aux distributeurs agréés, apparaissent dès l'origine en 2001<sup>19</sup> et ont été répétés depuis à de multiples occasions. Ils sont aussi récapitulés dans les lignes directrices 2010 de la Commission, lesquelles prévoient aussi la possibilité d'interdire le recours à des places de marché (clauses dites "de logo"). Par l'arrêt Pierre Fabre de 2011, la Cour de Justice confirme cette ligne décisionnelle en concluant que l'interdiction absolue de toute revente par internet est, sauf situation exceptionnelle, disproportionnée<sup>20</sup> et constitue de ce fait une infraction par objet.

**2<sup>ème</sup> phase - l'incertitude** : l'avis de l'Autorité de 2012 sur le commerce électronique<sup>21</sup> confirme lui aussi la légitimité de l'objectif de préservation de l'image haut de gamme d'un produit. Toutefois, il envisage le retrait possible de l'exemption par catégorie dans les cas où les caractéristiques du produit ne nécessiteraient pas une

<sup>11</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61980CJ0031>

<sup>12</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61982CJ0107>

<sup>13</sup> Règlements (CE) n°2790/1999 du 22 décembre 1999, puis (UE) n°330/2010 du 20 avril 2010.

<sup>14</sup> On notera que les conditions Metro n'imposent pas de rester en-dessous d'un seuil de part de marché.

<sup>15</sup> On notera que l'application uniforme et non discriminatoire des critères de sélection, de même que la nature des biens concernés, ne fait pas partie des conditions d'obtention de l'exemption par catégorie.

<sup>16</sup> Notamment Yves Saint-Laurent Parfum (T-19/92), Givenchy (T-88/92), Christian Dior Couture (C-159/08), Clarins (décision 07-D-34 du 24 janvier 2017).

<sup>17</sup> CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09.

<sup>18</sup> CJUE, 6 décembre 2017, C-230/16.

<sup>19</sup> Lettre de classement Yves Saint Laurent du 17 mai 2001, affaire Festina en 2006, Pierre Fabre en 2008, Bang & Olufsen en 2012.

<sup>20</sup> Dans cet arrêt, le même critère (présence d'un pharmacien lors de la vente) était utilisé pour justifier à la fois le système de distribution sélective et l'interdiction de vente sur internet.

<sup>21</sup> Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

distribution sélective, alors même que ces caractéristiques ne font absolument pas partie des critères de l'exemption par catégorie. De même, il semble préparer la voie à une suppression du critère de magasin physique permettant d'exclure la revente par les *pure players*. Dans la foulée, des entreprises comme Asics, Adidas et Caudalie se trouvent, entre 2014 et 2017, contraintes d'autoriser les reventes sur des places de marché ou le référencement par des moteurs de recherche tierces. Ces affaires ayant donné lieu à des engagements ou, lorsqu'elles étaient judiciaires, à des positions différentes en première instance, en appel et en cassation, cette période est donc marquée par une assez grande incertitude sur ce qui est permis ou non.

**3<sup>ème</sup> phase - le nouvel équilibre** : le pré-rapport, puis le rapport de mai 2017 de la Commission sur le commerce électronique<sup>22</sup> confirment la validité de la condition de point de vente physique et la validité de l'interdiction d'utiliser des places de marché. ***In fine*, l'arrêt Coty Germany précité de la CJUE redit bien, et avec force, que l'image de luxe des produits est un critère légitime pour mettre en place une distribution sélective, pour autant que l'on soit dans les conditions Metro.** L'arrêt dit également que l'interdiction de revente sur les places de marché visibles ne constitue pas une infraction à l'article 101(1) pourvu que les conditions Metro soient remplies. Enfin, il dit également que cette interdiction ne constitue pas une restriction caractérisée au sens du règlement d'exemption par catégorie. Les conclusions de l'Avocat Général sous l'arrêt Coty contiennent d'ailleurs des messages particulièrement forts : « les systèmes de distribution sélective favorisent et protègent le développement de l'image », « le fournisseur tête de réseau est conduit à autoréguler son comportement dans un sens conforme aux règles de concurrence ».

Si ce nouvel équilibre semble stable (avec le renvoi quasi-permanent aux conditions Metro) pour quelques années au moins, on ne peut évidemment exclure que l'interdiction de revente sur les places de marché puisse évoluer dans le futur si l'état du marché changeait de manière notable, dans la mesure où la Cour de Justice s'est appuyée sur une analyse de l'état du marché dans son raisonnement.

Cet arrêt Coty Germany de la Cour de Justice a d'ailleurs été suivi par un arrêt Coty France c/ Showroomprivé.com du 28 février 2018 de la Cour d'appel de Paris, ainsi que par deux arrêts du 16 mai 2018 (Brandalley, France Télévision) de la Cour de cassation, qui s'inscrivent exactement dans la même ligne.

Enfin, la question se pose de savoir si l'arrêt Coty dépasse le seul cadre des produits de luxe. La Cour n'était saisie que de questions concernant ce secteur, et a évidemment répondu aux questions posées. Toutefois, on notera que son raisonnement sur les deux premières questions, relatives à la licéité de la distribution sélective et à celle de l'interdiction de revente sur des places de marché visibles, s'appuie très largement sur l'arrêt Metro et que la Cour inscrit explicitement sa solution dans la lignée et la mise en œuvre de l'arrêt Metro. Or cet arrêt ne concernait pas des biens de luxe. Dès lors, le raisonnement de la Cour semble pouvoir être étendu à tous les biens entrant dans le champ des conditions Metro. S'agissant des deux dernières questions, relatives à la qualification ou non de restriction caractérisée de l'interdiction de revente sur place de marché visible, la Cour procède par un raisonnement qui s'appuie exclusivement sur le règlement d'exemption et donc ne fait nulle mention des caractéristiques du produit. Là encore, un tel raisonnement s'étend par nature à tous les produits entrant dans le champ du règlement d'exemption, et non au seul secteur du luxe.

On notera que la Commission a partagé pleinement cette compréhension de l'arrêt Coty dans un *Competition Policy Brief* d'avril 2018.

---

<sup>22</sup> « Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique », Rapport de la commission au Conseil et au Parlement européen, SWD 154 final, 2017.