

# Arrêt *Coty* : La distribution sélective solidement ancrée dans le XXI<sup>e</sup> siècle\*

Nathalie Jalabert-Doury

njalabertdoury@mayerbrown.com

Associée, Mayer Brown, Paris

1. La distribution sélective a fait partie des sujets de concurrence des premiers jours afin de définir les conditions d'application de l'interdiction des ententes restrictives de concurrence à ces accords de distribution, qui sont particuliers en ce qu'ils restreignent la capacité de revendre les produits aux distributeurs qui remplissent des critères qualitatifs liés notamment au point de vente et à aux compétences du distributeur. Tous les distributeurs qui remplissent ces critères ont vocation à pouvoir distribuer les produits du fournisseur qui a mis en place ce système, mais uniquement ceux-là.

2. Cette limitation à certains distributeurs du droit de distribuer les produits est-elle pour autant une restriction de concurrence au sens de l'article 101 (alors l'article 85) du traité ?

3. Dès les années 1970, la Cour de justice a répondu sans ambiguïté à cette question et a défini les conditions auxquelles il est possible de considérer qu'un système de distribution sélective échappe totalement à l'interdiction des ententes et, à supposer que ce test ne soit pas atteint avec certitude, le règlement d'exemption vertical a ensuite permis de poser les conditions auxquelles un tel système bénéficie en toute hypothèse d'une exemption à l'interdiction compte tenu de ses effets positifs pour le consommateur.

4. Le sujet pouvait donc sembler entendu et ne plus nécessiter d'intervention de la Cour de justice, mais c'était sans compter le développement du commerce électronique et de nouveaux acteurs (*pure players*, plateformes), qui a conduit à se réinterroger sur l'admissibilité de certains critères et restrictions ainsi que sur la pertinence même du modèle de la distribution sélective.

5. L'arrêt rendu dans l'affaire *Coty* le 6 décembre 2017<sup>6</sup> a permis à la Cour de justice de réitérer et de conforter les principes applicables à la matière et d'y apporter de nouveaux développements relatifs à l'interdiction faite aux distributeurs sélectifs de revendre les produits sur des plateformes en ligne qui a fait l'objet ces derniers mois de prises de position divergentes d'autorités et

juridictions nationales. La Cour a confirmé les premières indications données à cet égard par la Commission européenne dans les conclusions qu'elle a dégagées de son enquête sectorielle sur le commerce électronique<sup>7</sup>.

6. La distribution sélective, et en particulier la distribution sélective de produits de luxe, en ressort confortée, ce qui pave utilement la voie à quelques mois de l'ouverture des travaux de révision du règlement d'exemption vertical, à l'occasion desquels il est probable que la question sera reposée par les tenants d'une limitation du droit des fournisseurs de choisir les conditions de distribution de ces produits spécifiques.

## I. La définition d'un test clair d'inapplication de l'interdiction des ententes et en toutes hypothèses d'exemption par catégorie

7. Par plusieurs arrêts des années 1970 et 1980<sup>8</sup>, la Cour de justice a défini les conditions auxquelles il peut être considéré qu'un système de distribution sélective n'entre pas dans le champ de l'interdiction des ententes :

- les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un système de distribution sélective ;

\* Cette contribution est issue de la conférence-déjeuner organisée le 19 décembre 2017 à Paris par la Revue Concurrences en partenariat avec Mayer Brown et MAPP

6 CJUE, 6 décembre 2017, *Coty Germany GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/16.

7 Commission européenne, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique SWD (2017) 154 du 10 mai 2017, pts 42 et s.

8 CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. C-26/76 ; CJCE, 11 décembre 1980, *NV L'Oréal et SA L'Oréal c/ PVBA "De Nieuwe AMCK"*, aff. C-31/80 ; TPICE, 12 décembre 1996, *Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission*, aff. T-88/92 et T-19/92.

- 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 ;
- ces critères sont fixés d’une manière uniforme à l’égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire ;
- les critères ainsi imposés ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire.

**8.** Le test (auquel il est fait référence comme les “critères Metro”) est clair même si son application n’est pas toujours aisée, notamment s’agissant de juger de la nécessité du recours à la distribution sélective au regard des propriétés des produits en cause. Néanmoins, au travers de ces affaires, la Cour de justice et le Tribunal ont eu l’occasion de préciser la condition de nécessité dans plusieurs secteurs, dont celui des produits de luxe<sup>9</sup>. Ainsi, notamment, la condition de nécessité a été jugée remplie s’agissant des parfums et cosmétiques de luxe dans la mesure où il s’agit de “*produits sophistiqués et de haute qualité, résultant d’une recherche particulière et utilisant des matériaux d’un haut niveau qualitatif, notamment pour leur conditionnement*” et qu’ils sont dotés d’une “*image de luxe*” qui sert à les distinguer des autres produits semblables, qui sont dépourvus d’une telle image, et, cette image de luxe “*est importante aux yeux des consommateurs*”, pour lesquels il n’existe qu’un “*faible degré de substituabilité entre les produits cosmétiques de luxe et les produits similaires relevant d’autres segments du secteur*”.

**9.** Dans ces conditions, un système de distribution sélective permet au fabricant de “*maintenir l’image de prestige de sa marque et (...) sauvegarder les fruits de ses efforts de promotion*” et de “*sauvegarder, 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 mettre en valeur la spécificité esthétique ou fonctionnelle’ des produits et ‘un cadre en harmonie avec le caractère luxueux et exclusif des produits en cause et une présentation conforme à l’image de la marque*”<sup>10</sup>.

**10.** L’adoption du règlement d’exemption vertical a renforcé la sécurité juridique en prévoyant des conditions d’exemption par catégorie basées sur des critères d’application plus aisés<sup>11</sup>. Ainsi, à supposer qu’un système de distribution sélective n’échappe pas totalement à l’article 101 sur la base du test ci-dessus, il bénéficie d’une protection contre une éventuelle remise en cause à ce

titre, dès lors que la part de marché détenue par chaque entreprise partie à l’accord ne dépasse pas 30 % et qu’il n’implique pas de restriction de concurrence caractérisée, comme l’imposition d’un prix minimal de revente ou encore l’interdiction de revente sur Internet.

**11.** Ceci étant, ces conditions ne s’imposent pas en toute hypothèse et il demeure ainsi possible à des entreprises détenant plus de 30 % de part de marché de recourir à la distribution sélective si elles sont en mesure de démontrer qu’elles satisfont aux critères Metro.

## II. Les questionnements résultant du développement du commerce électronique

**12.** Les premières hésitations sont intervenues sur le sujet de la faculté d’interdire les *pure players* dans les réseaux de distribution sélective à l’occasion de la dernière révision du règlement d’exemption à la fin des années 2000. Le projet de lignes directrices initialement diffusé par la Commission prévoyait d’introduire la mention qu’il est loisible à un fournisseur d’imposer une condition de détention d’un minimum de points de vente physiques pour être agréé et pouvoir distribuer les produits en ligne et hors ligne, cette condition permettant de s’assurer d’un investissement minimum dans le réseau physique ainsi que du développement d’une qualification professionnelle au contact direct avec les clients. Cette proposition a suscité un débat intense, un certain nombre de plateformes demandant sa suppression et conduisant la Commission à justifier des raisons de la proposition retenue<sup>12</sup>.

**13.** La faculté a finalement été maintenue et figure au point 54 des Lignes directrices verticales de 2010 : “(...) *l’exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, d’exiger de ses distributeurs qu’ils disposent d’un ou plusieurs points de vente physiques, comme condition de son système de distribution sélective.*”

<sup>9</sup> CJCE, 11 décembre 1980, *NV L’Oréal et SA L’Oréal c/ PVBA “De Nieuwe AMCK”*, aff. C-31/80 ; CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. C-26/76 ; CJCE, 23 avril 2009, *Copad SA contre Christian Dior couture SA, Vincent Gladel et Société industrielle lingerie*, aff. C-59/08 ; TPICE, 12 décembre 1996, *Groupeement d’achat Edouard Leclerc c/ Commission*, aff. T-88/92 et T-19/92.

<sup>10</sup> TPICE, 12 décembre 1996, *Groupeement d’achat Edouard Leclerc c/ Commission*, aff. T-88/92 et T-19/92, pts 17 et 18.

<sup>11</sup> Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010 concernant l’application de l’article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne à des catégories d’accords verticaux et de pratiques concertées et Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, publiées le 19 mai 2010.

<sup>12</sup> Commission européenne Staff Working Document, Impact assessment, 20.4.2010, SEC(2010) 413, pts 89 et s.

14. La seconde vague de doutes a surgi de l'arrêt *Pierre Fabre* de 2011. Dans cette affaire, la cour d'appel de Paris avait interrogé la Cour de justice de l'Union européenne sur le point de savoir si une clause d'un contrat de distribution sélective interdisant de fait toute vente par Internet devait être qualifiée de restriction par objet<sup>13</sup>. Aux termes de son arrêt, la Cour a jugé qu'une clause contractuelle imposant des restrictions interdisant en pratique la vente par Internet était effectivement une restriction par objet, ce qui ne la rend pas inéligible à une exemption individuelle, mais la rend néanmoins particulièrement difficile à justifier, ce que les juridictions de renvoi ont en l'occurrence exclu<sup>14</sup>.

15. Si la Cour a rappelé à cette occasion les conditions d'inapplication de l'article 101 issues de sa jurisprudence constante<sup>15</sup>, son arrêt comporte néanmoins deux développements qui ont suscité quelques interrogations.

16. Tout d'abord, la Cour a souligné que les accords de distribution sélective sont en eux-mêmes "à considérer, à défaut de justification objective, en tant que 'restrictions par objet'"<sup>16</sup>. Pourtant, cette condition de nécessité était jusqu'à présent formulée comme une condition d'inapplication de l'article 101, paragraphe 1. En faire une condition pour ne pas tomber dans la qualification de restriction par objet change dès lors considérablement la donne et interpelle sur les conditions d'exemption par catégorie telles que définies par la Commission dans le cadre du règlement d'exemption vertical : celui-ci ne requiert à aucun moment l'existence d'une justification objective. Les lignes directrices de la Commission précisent au contraire que l'exemption s'applique "à la distribution sélective quelle que soit la nature du produit concerné et des critères de sélection"<sup>17</sup>.

17. Dans un autre développement, la Cour a par ailleurs énoncé que "l'objectif de préserver l'image de prestige de ces produits ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence"<sup>18</sup>. Si le développement en cause était spécifiquement dédié à la clause litigieuse interdisant totalement les ventes par Internet, la phrase en question est toutefois très générale, suscitant quelques questions sur la possibilité de considérer que la nature de produits de luxe puisse continuer à justifier le recours à la distribution sélective, alors que les arrêts fondateurs évoqués ci-dessus en avaient très clairement retenu le principe.

18. Enfin, dans plusieurs États membres, des interrogations ont vu le jour sur l'interdiction faite aux distributeurs sélectifs de revendre les produits *via* des plateformes, comme les Lignes directrices verticales elles-mêmes le prévoient : "(...) un fournisseur peut 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"<sup>19</sup>.

19. En France, l'Autorité de la concurrence a indiqué, dans son avis relatif au commerce électronique de 2012, qu'une interdiction absolue de revendre sur des plateformes pourrait éventuellement être un indice de restriction de concurrence. L'Autorité a souligné qu'elle n'avait pas arrêté une position définitive sur le sujet à l'issue d'une première décision concernant les produits d'hygiène de 2007<sup>20</sup> et que les plateformes pouvaient fort bien satisfaire aux critères qualitatifs des produits par exemple par la création de boutiques virtuelles réservées aux vendeurs agréés<sup>21</sup>. L'Autorité a, par la suite, confirmé sa position dans sa décision de 2014 sur la distribution de produits bruns : une "interdiction générale des ventes sur les sites internet non agréés et/ou sur tout site tiers, notamment de marketplace" pourrait constituer un indice "de restrictions verticales sur les ventes actives et passives des détaillants actifs sur le marché pertinent"<sup>22</sup>.

20. Dans d'autres États membres, les autorités et juridictions ont pris des positions parfois adverses à l'occasion des cas qui leur étaient soumis. Ainsi, en Allemagne, dans une affaire *Deuter Sport*<sup>23</sup>, la Haute Cour régionale de Francfort a acté l'intérêt légitime du fournisseur sélectif à interdire la revente sur des plateformes afin que ses produits soient perçus comme des produits de haute qualité, proposés à la vente avec un conseil de haute qualité. La conformité de la clause au droit européen et allemand a donc été confirmée.

21. Au contraire, dans les affaires *Adidas* et *Asics*, le Bundeskartellamt a considéré que cette interdiction pourrait être restrictive et a obtenu que les fournisseurs concernés modifient leurs accords de distribution sélective à ce titre<sup>24</sup>.

13 *Idem*, pt 14.

14 V. not. Cass. com., 24 septembre 2013, pourvoi n° 12-14.344.

15 *Idem*, pt 41, citant les arrêts de la CJCE du 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte c/ Commission*, pt 20, ainsi que du 11 décembre 1980, *NV L'Oréal et SA L'Oréal c. PVBA "De Nieuwe AMCK"*, pts 15 et 16.

16 CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence*, aff. C-439/09, pts 39 et 40.

17 Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, publiées le 19 mai 2010, pt 176.

18 *Idem*, pt 46.

19 *Idem*, pt 54.

20 Aut. conc., déc. n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, pts 104 et 105.

21 Aut. conc., avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, pts 354 et 355.

22 Aut. conc., déc. n° 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs, pts 181 et 184.

23 Oberlandesgericht Frankfurt am Main, déc. n° 11 U 84/14, du 22 décembre 2015, *Deuter Sport*.

24 Bundeskartellamt, communiqués de presse du 2 juillet 2014 et du 27 août 2015.

### III. La consolidation des conditions d'inapplication de l'article 101 par l'arrêt *Coty*

22. Une autre de ces affaires allemandes concernait les parfums et cosmétiques de luxe et une clause interdisant expressément aux distributeurs sélectifs, à l'occasion de la revente sur Internet, l'usage d'une autre dénomination commerciale ou l'intervention visible d'une entreprise tierce qui n'est pas un dépositaire agréé du fournisseur. À la suite d'une première déclaration d'illégalité en première instance, l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main a saisi la Cour de justice de quatre questions préjudicielles portant en substance sur la licéité au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, des systèmes de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'"image de luxe" desdits produits, et d'une clause interdisant le recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet.

23. Dans son arrêt du 6 décembre 2017<sup>25</sup>, la Cour de justice rappelle tout d'abord que la distribution sélective doit être justifiée par le produit en cause, que les critères de sélection doivent être objectifs, transparents, non discriminatoires, et que les restrictions doivent être proportionnées. À ces conditions, la distribution sélective échappe à l'interdiction de l'article 101.

24. Sur cette base, l'organisation d'un système de distribution sélective visant à assurer une présentation valorisante de produits de prestige dans le point de vente est de nature à contribuer à la réputation des produits en question et donc au maintien de leur sensation de luxe et peut donc être considérée comme nécessaire : "(...) les produits de luxe peuvent nécessiter la mise en œuvre d'un système de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage"<sup>26</sup>.

25. La Cour précise également que cette conclusion n'est pas infirmée par le point 46 de l'arrêt *Pierre Fabre* rappelé ci-dessus ("*l'objectif de préserver l'image de prestige de ces produits ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence*"), dans lequel elle rappelle que la Cour devait s'interroger sur la conformité, au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, d'une clause contractuelle particulière imposée à des distributeurs agréés portant interdiction absolue de vendre sur Internet les produits contractuels. Elle relève également que la décision *Pierre Fabre* concernait des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et non des produits de luxe<sup>27</sup>.

26. La Cour réitère également les conditions de conformité des critères qualitatifs exigées depuis l'origine, à savoir que "*le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, et que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire*", auquel cas l'article 101, paragraphe 1, TFUE peut être considéré comme inapplicable<sup>28</sup>. Sur le plan des principes d'application de l'article 101 à la distribution sélective, aucun changement n'est donc à signaler.

27. Ensuite, l'arrêt *Coty* amène la Cour à se prononcer pour la première fois sur l'interdiction de revente sur des places de marché en ligne, à la lumière des critères Metro préalablement revalidés.

28. La Cour juge de prime abord qu'il est "*constant*" que la clause en cause ait pour objectif de préserver l'image de luxe et de prestige des produits et qu'il ressort du dossier qu'elle est objective et appliquée de manière uniforme. Le seul point qui reste à vérifier par rapport aux critères Metro est donc celui de la proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi. Pour ce faire, la Cour vérifie le caractère approprié de l'interdiction en cause et le fait que cela ne dépasse pas ce qui est nécessaire.

29. S'agissant, tout d'abord, du caractère approprié pour préserver l'image de luxe, la Cour observe que la clause garantit d'emblée au fournisseur que les produits vendus sur Internet seront rattachés exclusivement aux distributeurs agréés, ce qui est précisément l'un des buts visés par le recours à la distribution sélective. La clause contribue donc bien à préserver la qualité et l'image de luxe des produits. Cette clause permet en outre au fournisseur de contrôler l'environnement de revente de ses produits alors que l'absence de relation contractuelle entre le fournisseur et les plateformes tierces ne lui permettrait pas de réaliser un tel contrôle. Enfin, la clause vise à éviter que les produits soient vendus *via* des boutiques en ligne qui contribuent à l'image de luxe des produits, à la différence de plateformes constituant un canal de vente pour tous types de produits.

25 CJUE, 6 décembre 2017, *Coty Germany GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/16.

26 *Idem*, pt 28.

27 *Idem*, pt 32.

28 *Idem*, pt 36.

30. S'agissant, ensuite, du fait que la clause n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire, la Cour de justice note que la clause "*n'interdit pas de manière absolue aux distributeurs agréés de vendre sur Internet les produits contractuels*". Ils peuvent vendre sur leur propre site ou via des plateformes dont l'intervention n'est pas visible pour le consommateur. Or, selon les résultats de l'enquête sur le commerce électronique de la Commission, le canal de distribution de loin le plus important est constitué par les boutiques en ligne propres des distributeurs. Faute de relation contractuelle entre le fournisseur et les plateformes lui permettant d'exiger le respect de conditions de qualité, la clause ne peut donc être considérée comme disproportionnée.

31. La Cour conclut dès lors que, sous réserve des vérifications qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'effectuer, une telle interdiction apparaît licite au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE<sup>29</sup>.

32. La Cour estime enfin que la clause ne constitue pas non plus une restriction caractérisée au sens du règlement d'exemption, que ce soit parce qu'elle restreindrait indûment la clientèle à laquelle les distributeurs peuvent vendre ou les ventes passives aux utilisateurs finals au sens des articles 4b) et c) du règlement : il n'apparaît pas possible de délimiter au sein du groupe des acheteurs en ligne les clients de plateformes tierces, la clause ne

restreignant pas le droit de vendre à une catégorie de clients, mais plutôt le recours à une forme particulière de vente sur Internet.

33. Les conclusions de la Cour de justice s'inscrivent ce faisant dans la droite ligne du Rapport final<sup>30</sup> publié par la Commission à l'issue de son enquête sur le commerce électronique. Le Rapport précise en effet que "*les résultats de l'enquête sectorielle indiquent que les interdictions (absolues) d'utiliser des places de marché ne doivent pas être considérées comme des restrictions caractérisées au sens de l'article 4, point b), et de l'article 4, point c), du règlement d'exemption d'accords verticaux*"<sup>31</sup>. Le Rapport indique toutefois que "*cela ne signifie pas pour autant que les interdictions absolues d'utiliser des places de marché sont généralement compatibles avec les règles de concurrence de l'UE. La Commission ou une autorité nationale de concurrence peut décider de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie dans certains cas lorsque la situation du marché le justifie*"<sup>32</sup>.

34. Au total, l'équilibre issu de la jurisprudence *Metro* est confirmé et consolidé et l'arrêt *Coty* montre qu'à date, les principes définis à l'époque où le commerce était uniquement physique demeurent pleinement pertinents dans un environnement où le commerce électronique a considérablement modifié les habitudes des consommateurs, mais ne justifie pas une évolution du droit. ■

<sup>29</sup> *Idem*, pt 57.

<sup>30</sup> Commission européenne, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique SWD (2017) 154 du 10 mai 2017.

<sup>31</sup> *Idem*, pt 42.

<sup>32</sup> *Idem*, pt 43.