

Élodie Camous-Léonard\*

elodie.camous-leonard@  
autoritedelaconurrence.fr

Référendaire, Service juridique de l'Autorité  
de la concurrence, Paris

Emmanuel Combe\*

emmanuel.combe@  
autoritedelaconurrence.fr

Professeur des Universités  
Professeur affilié, SKEMA Business School,  
Paris  
Vice-président, Autorité de la concurrence,  
Paris

## ABSTRACT

Cet article met en perspective l'arrêt *Coty*, en mobilisant à la fois une analyse juridique et économique. Nous montrons tout d'abord que l'arrêt *Coty* a le mérite de clarifier la grille d'analyse, quelque peu oubliée, de la conformité au droit des ententes des réseaux de distribution sélective. Il met en lumière la nécessité de procéder à un examen en deux temps : conformité à l'article 101 §1 du TFUE puis, le cas échéant, analyse d'une éventuelle exemption. Nous soulignons ensuite que l'arrêt *Coty*, comme les arrêts précédents, ne résout pas la question de la définition et des frontières des "produits de luxe", dont les contours restent indéterminés. Pour apprécier le bien-fondé d'un réseau de distribution sélective, il nous paraît nécessaire de sortir d'une approche sectorielle pour aller vers une analyse fonctionnelle et transversale, fondée sur la nécessité d'un service avant ou après l'achat du produit. Nous montrons dans un troisième temps que l'arrêt *Coty*, en permettant aux fournisseurs d'interdire les ventes sur les places de marché, tend à limiter un mode de distribution sur internet qui s'avère propice à une certaine concurrence par les prix. Si l'arrêt adopte pour l'heure une position plutôt défavorable aux places de marché, il n'exclut pas pour autant toute évolution future, compte tenu des fortes mutations en cours dans le commerce en ligne, notamment dans le secteur du luxe.

*This article puts the Coty decision into perspective, by mobilizing both a legal and an economic analysis. First, we show that the Coty judgement clarifies the somewhat forgotten analytical grid for selective distribution systems compliance with antitrust law. It highlights the need to carry-out a two-step review: compliance with article 101§1 TFUE and, if necessary, analysis of a possible exemption. We then point out that the Coty judgement, like previous judgments, does not solve the question of the definition and boundaries of "luxury products". To assess the merits of selective distribution, it is necessary to move away from a sector-based approach towards a functional and transversal analysis, based on the need for a service before or after the purchase of the product. Third, we show that the Coty judgment, by allowing suppliers to prohibit sales on marketplaces, restraints a mode of distribution, favorable to some price competition. Although the judgment currently adopts a rather unfavorable position on marketplaces, it does not rule out any future evolution, given the major changes under way in e-commerce, particularly in the luxury sector.*

# La distribution sélective après l'arrêt *Coty* : Éclaircis-sements et zones d'ombre

## Introduction

1. Si l'on en juge par le retentissement dont il a fait l'objet, l'arrêt *Coty* du 6 décembre 2017<sup>1</sup> marque un moment important dans l'abondante jurisprudence sur la licéité d'un réseau de distribution sélective au regard du droit des ententes.

2. Rappelons brièvement le litige dont il est question dans cette affaire : la société *Coty Germany* (ci-après, "*Coty*"), fournisseur de produits cosmétiques de luxe en Allemagne, poursuivait devant une juridiction allemande l'un de ses distributeurs agréés, la société *Parfümerie Akzente*, qui avait refusé de signer un avenant à son contrat de distribution sélective, contenant la clause suivante : "(...) le dépositaire est autorisé à proposer et à vendre les produits sur Internet, à la condition toutefois que cette activité de vente par Internet soit réalisée par l'intermédiaire d'une 'vitrine électronique' du magasin agréé et que le caractère luxueux des produits soit préservé." En pratique, *Coty* ne souhaitait pas que *Parfümerie Akzente* distribue ses produits par l'intermédiaire de la place de marché *Amazon.de*.

3. Ce litige a conduit la juridiction allemande à poser quatre questions préjudicielles à la Cour de justice sur la licéité de cette clause, au regard du droit de la concurrence de l'Union. En premier lieu, la Cour a été invitée à se prononcer sur la conformité à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, d'un réseau de distribution sélective visant à préserver l'image de luxe des produits contractuels (1<sup>re</sup> question), dans le contexte de l'arrêt *Pierre Fabre*<sup>2</sup>, qui a pu être interprété comme une remise en cause de la possibilité de justifier un réseau de distribution sélective, au motif de la protection de l'image de luxe des produits. En second lieu, il lui a été demandé de statuer sur la conformité à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE d'une clause interdisant, de façon absolue, aux distributeurs agréés de recourir de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par internet (2<sup>e</sup> question), ainsi que sur l'éventualité qu'une telle clause puisse bénéficier d'une exemption par catégorie, en déterminant si cette clause constituait une restriction de clientèle (3<sup>e</sup> question) ou une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals (4<sup>e</sup> question).

\* Les propos contenus dans cet article expriment les opinions de leurs auteurs et n'engagent pas les institutions auxquelles ils appartiennent. Sont vivement remerciés, pour leur expertise apportée au soutien de l'élaboration de cet article, Umberto Berkani, Marion Carbo, Henri Génin, Jérôme d'Huart, Mathias Pigeat, Fabienne Siredey-Garnier et Juliette Thery-Schultz.

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

2 CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence*, aff. C-439/09, pt 46.

4. L'arrêt *Coty* a le mérite de rappeler les fondements juridiques de la légalité d'un réseau de distribution sélective au regard du droit des ententes et de clarifier la grille d'analyse de ces accords verticaux, que l'on avait eu parfois tendance à éluder ces dernières années (I.).

5. Mais au-delà de ce salutaire travail de clarification juridique, l'arrêt *Coty* laisse ouverte la question de sa portée générale, au-delà du seul segment du luxe, dont il ne définit d'ailleurs pas les contours. À vrai dire, une telle délimitation sectorielle apparaît peu souhaitable et l'analyse économique invite plutôt à mobiliser une approche plus transversale, fondée sur la nécessité, réellement démontrée, d'un service avant l'achat d'un produit (II.).

6. Si l'arrêt *Coty* a retenu autant l'attention, bien au-delà du seul cercle des spécialistes du droit de la concurrence, c'est aussi parce qu'il porte sur une question importante pour l'industrie européenne du luxe, compte tenu de son poids économique (voir tableau en annexe) : celle de la place à accorder au commerce en ligne, qui connaît depuis peu un essor marqué sur le marché du "luxe à la personne", au travers de différents canaux de distribution sur internet. C'est dans ce contexte évolutif que la clause examinée dans l'arrêt *Coty*, interdisant de recourir de façon visible à des places de marché, doit être resituée et appréhendée. La véritable question sous-jacente, qui n'est pas véritablement abordée dans l'arrêt *Coty*, est moins de savoir si les distributeurs agréés peuvent accéder aux ventes en ligne que de déterminer dans quelle mesure les places de marché peuvent constituer pour les consommateurs, parmi les différents canaux de distribution en ligne, un vecteur privilégié d'animation de la concurrence par les prix (III.).

# I. L'arrêt *Coty* vient rappeler les fondamentaux et clarifier la grille d'analyse sur la légalité d'un réseau de distribution sélective au regard du droit des ententes

## 1. Légalité d'un réseau de distribution sélective : L'arrêt *Coty* confirme ce que l'on savait depuis l'arrêt *Metro*

7. La question de la légalité d'un réseau de distribution sélective au regard du droit des ententes n'a rien de nouveau. La Cour de justice a en effet jugé, selon une jurisprudence constante depuis les années 1970, que si les accords de distribution sélective restreignent le nombre de distributeurs et encadrent les conditions de revente des produits contractuels, un réseau de distribution sélectif, fondé sur des critères qualitatifs, est conforme au droit des ententes, dès lors que :

- sa mise en place est justifiée par les caractéristiques des produits concernés ;
- le fournisseur choisit ses distributeurs sur la base de critères qualitatifs objectifs, fixés de manière uniforme et appliqués de façon non discriminatoire ;
- les restrictions imposées sont proportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

8. Il ressort clairement de la jurisprudence *Metro*<sup>3</sup> que la distribution sélective est considérée comme une modalité particulière, mais à part entière, de concurrence, fondée sur d'autres paramètres que le seul prix et ne constitue pas, en tant que telle, une restriction de concurrence susceptible de relever du droit des ententes. Comme le souligne l'avocat général Wahl dans ses conclusions, "la concurrence par les prix, pour importante qu'elle soit, ne constitue pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue"<sup>4</sup>. Il est en effet rappelé de façon

3 CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB – Großmärkte GmbH & Co. c/ Commission*, aff. C-26/76.

4 Concl. de l'avocat général M. Nils Wahl présentées le 26 juillet 2017, aff. C-230/16, *Coty*, § 33.

constante par la Cour de justice qu’*“il existe des exigences légitimes, telles que le maintien du commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité, qui justifient une réduction de la concurrence par les prix au bénéfice d’une concurrence portant sur d’autres éléments que le prix”*<sup>5</sup>.

9. À la suite de l’arrêt *Metro*, de nombreux arrêts ont été rendus qui viennent en conforter la portée, comme l’illustre le tableau 1.

10. Si la jurisprudence européenne sur la distribution sélective a été abondante jusque dans les années 1990, cette question semble avoir été délaissée par la Commission au cours de ces dernières années. Choix politique privilégiant les affaires de cartels ou simple absence de plaintes déposées auprès de la Commission ? Toujours est-il que l’absence de jurisprudence récente a amené les praticiens à se référer, de plus en plus, au règlement d’exemption adopté par la Commission européenne (le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, puis le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010), ainsi qu’aux lignes direc-

**Tableau 1. Principaux arrêts rendus depuis la jurisprudence *Metro*\***

Référence de l’arrêt	Produits concernés	Critères d’analyse au regard du droit des ententes	Restrictions examinées
<i>Metro SB – Großmärkte GmbH &amp; Co.</i> c/ Commission, 25 octobre 1977, C-26/76	Produits de l’électronique de divertissement (biens de consommation durable), qualifiés par la Cour de <i>“produits de haute qualité et technicité”</i> (§ 20)	Un système de distribution sélective est <i>“conforme à l’article 85, paragraphe 1, à condition que 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, que ces conditions soient fixées d’une manière uniforme à l’égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire”</i> (§ 20)	(i) obligation faite aux distributeurs de n’approvisionner que les grossistes ou détaillants agréés : obligation ne dépassant pas ce qui est nécessaire, donc conforme à l’article 85, paragraphe 1, CE (§ 27) (ii) obligation faite aux distributeurs d’ouvrir un rayon spécial pour les produits de l’électronique de divertissement et de réaliser un chiffre d’affaires comparable à celui d’un grossiste spécialisé : obligation de nature à garantir la vente dans de bonnes conditions des produits concernés, mais qui va au-delà de ce qui est nécessaire concernant le seuil de chiffre d’affaires, donc non conforme à l’article 85, paragraphe 1, CE (§ 37) (iii) obligation faite aux distributeurs de souscrire un contrat de coopération par lequel ils s’engagent à réaliser un certain chiffre d’affaires, comportant un engagement d’achat et des obligations de stockage : obligation allant au-delà de ce qui est nécessaire, donc non conforme à l’article 85, paragraphe 1, CE (§§ 39 et 40)
<i>L’Oréal</i> , 11 décembre 1980, C-31/80	Produits de soins capillaires	Précision sur les critères d’analyse dégagés dans l’arrêt <i>Metro</i> : <i>“(…) 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 (...). Enfin, il convient de vérifier si les critères imposés ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire”</i> (§ 16)	Pas d’analyse factuelle
<i>AEG c/ Commission</i> , 25 octobre 1983, C-107/82	Articles de l’électronique de divertissement (téléviseurs, radios, magnétophones, phonographes et matériels audiovisuels), qualifiés par la Cour de <i>“produits de haute qualité et technicité”</i> (§ 33)	Rappel des principes dégagés dans <i>Metro</i>	(i) refus d’agréer des distributeurs qui répondent aux critères qualitatifs : pratique non conforme à l’article 85, paragraphe 1, CE (§ 39) (ii) obligation faite aux distributeurs de pratiquer des prix permettant une marge bénéficiaire élevée : pratique non conforme à l’article 85, paragraphe 1, CE : <i>“(…) l’exigence d’un engagement matière de prix constitue donc une condition manifestement étrangère aux besoins d’un système de distribution sélective et affectant ainsi le libre jeu de la concurrence”</i> (§ 43)
<i>Société d’hygiène dermatologique de Vichy c/Commission</i> , 27 février 1992, T-19/91	Produits cosmétiques et d’hygiène corporelle, que le Tribunal différencie des médicaments (§ 70)	Rappel des principes dégagés dans <i>Metro</i> , <i>L’Oréal</i> et <i>AEG</i>	Obligation faite aux distributeurs de posséder des personnels ayant la qualité de pharmacien d’officine : obligation qui <i>“n’est nullement nécessaire à une distribution appropriée des produits”</i> (compte tenu du fait que les produits ne sauraient être assimilés à des médicaments et qu’ils ne nécessitent pas des précautions supplémentaires propres aux médicaments), mais qui constitue une <i>“stratégie du producteur destinée à créer et à maintenir une image de marque bénéficiant de la renommée de la pharmacie”</i> , donc non conforme à l’article 85, paragraphe 1, CE (§§ 69 à 71)

5 CJUE, *Pierre Fabre*, préc. § 40.

\* Seules les restrictions pertinentes au regard du droit des ententes sont examinées dans le présent tableau.

Référence de l'arrêt	Produits concernés	Critères d'analyse au regard du droit des ententes	Restrictions examinées
<i>Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission (Givenchy)</i> , 12 décembre 1996, T-88/92	Produits cosmétiques (produits de parfumerie alcoolisés, de soins et de beauté et produits capillaires et de toilette), pour lesquels le Tribunal précise qu'«il existe un segment constitué par les produits de luxe : articles de haute qualité, au prix relativement élevé, commercialisés sous une marque de prestige» (§ 1) Concernant plus spécifiquement, les cosmétiques de luxe, et plus particulièrement les parfums de luxe, ils sont qualifiés par le Tribunal de «premièrement (...) produits sophistiqués et de haute qualité, résultant d'une recherche particulière et utilisant des matériaux d'un haut niveau qualitatif, notamment pour leur conditionnement ; deuxièmement (...) produits (...) dotés d'une 'image de luxe' qui sert à les distinguer des autres produits semblables, qui sont dépourvus d'une telle image, et troisièmement, que cette image de luxe est importante aux yeux des consommateurs» (§ 108) Le Tribunal précise également que «la notion de 'propriétés' des cosmétiques de luxe (...) ne peut être limitée à leurs caractéristiques matérielles mais englobe également la perception spécifique qu'en ont les consommateurs, et plus particulièrement leur 'aura de luxe', en d'autres termes de «produits qui, d'une part, sont d'une haute qualité intrinsèque et d'autre part, possèdent un caractère de luxe qui relève de leur nature même» (§ 109)	Rappel des principes dégagés dans <i>Metro</i> , <i>L'Oréal</i> , <i>AEG</i> et <i>Vichy</i> Précisions sur les critères d'analyse pour les produits de luxe : «(...) il est dans l'intérêt des consommateurs recherchant des cosmétiques de luxe que de tels produits soient présentés dans de bonnes conditions dans les points de vente. En effet s'agissant des produits de haute qualité et dont l'image de luxe est appréciée par les consommateurs, des critères qui ne visent qu'à assurer leur présentation valorisante poursuivent un résultat qui est de nature à améliorer la concurrence, par la préservation de cette image de luxe, et donc à contrebalancer la limitation de concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective» (§ 113) Sur l'exigence légitime de la mise en place d'un réseau de distribution sélective : «(...) bien que la nature 'de luxe' des cosmétiques de luxe découle également, entre autres, de leur haute qualité intrinsèque, de leur prix plus élevé et des campagnes publicitaires, le Tribunal estime que le fait que ces produits soient vendus dans le cadre de systèmes de distribution sélective visant à une présentation valorisante dans le point de vente est de nature à contribuer, lui aussi, à cette image de luxe et donc au maintien de l'une des principales caractéristiques des produits recherchés par les consommateurs» (§ 114) Sur les limites de la justification : «(...) un système de distribution sélective qui aurait pour conséquence d'exclure certaines formes de commercialisation capables de vendre des produits dans des conditions valorisantes, par exemple dans un emplacement ou un espace adapté, aurait pour seul effet de protéger les formes de commerce existantes de la concurrence des nouveaux opérateurs et ne serait pas conforme à l'article 85, paragraphe 1» (§ 116)	(i) obligation faite aux distributeurs de disposer d'une personne capable de donner des conseils et renseignements appropriés au consommateur : pratique conforme à l'article 85, paragraphe 1, CE : «(...) constitue en principe une exigence légitime pour la vente des cosmétiques de luxe, qui fait partie intégrante d'une bonne présentation des produits» (§ 126) (ii) obligation faite aux distributeurs d'avoir un point de vente dans un environnement adapté aux produits : pratique conforme à l'article 85, paragraphe 1, CE : «(...) dans la mesure où il a pour objet d'assurer que de tels produits ne soient pas vendus en des lieux totalement inadaptés» (§ 130) (iii) obligation faite aux distributeurs d'avoir une devanture ou vitrine : pratique non conforme à l'article 85, paragraphe 1, CE : «un tel critère 'se prête à une application discriminatoire à l'encontre d'un point de vente – tel qu'un hypermarché – qui n'a pas la même façade qu'un commerce traditionnel (...) mais qui a aménagé un emplacement ou un espace situé à l'intérieur du magasin d'une façon appropriée à la vente des cosmétiques de luxe» (§ 132) (iv) obligation faite aux distributeurs de ne pas vendre d'autres produits : pratique non conforme à l'article 85, paragraphe 1, CE : «(...) un hypermarché ne peut pas être exclu du réseau du seul fait qu'il vend d'autres marchandises», mais il est possible d'exiger que certains produits ne soient pas offerts à la vente à proximité des produits de luxe (§§ 138 et 139) (v) obligation faite aux distributeurs d'avoir un rayon parfumerie occupant plus de 50 % des linéaires : pratique non conforme à l'article 85, paragraphe 1, CE, car discriminatoire «dans la mesure où elle tend à favoriser la candidature d'une parfumerie spécialisée au détriment d'un magasin 'multi produits' disposant d'un emplacement spécialisé aménagé de manière à satisfaire aux conditions qualitatives appropriées pour la vente des cosmétiques de luxe» (§ 145) (vi) obligation faite aux distributeurs de disposer d'une enseigne conforme à l'image de luxe : pratique conforme à l'article 85, paragraphe 1, CE : «(...) 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» (§ 150)
<i>Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission (Yves Saint Laurent)</i> , 12 décembre 1996, T-19/92	Mêmes considérants que dans l'arrêt <i>Givenchy</i>	Mêmes considérants que dans l'arrêt <i>Givenchy</i>	Même analyse que dans l'arrêt <i>Givenchy</i>
<i>Copad SA c/ Christian Dior</i> , 23 avril 2009, C-59/08	Produits de prestige de corsetterie/lingerie La Cour précise que «la qualité des produits de prestige (...) résulte non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles, mais également de l'allure et de l'image de prestige, qui leur confère 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» (§§ 24 et 25)	La Cour rappelle que «l'organisation d'un réseau de distribution sélective (...) visant (...) à assurer une présentation valorisante des produits dans le point de vente, notamment en ce qui concerne le positionnement, la promotion, la présentation des produits et la politique commerciale est de nature à contribuer (...) à la réputation des produits en question et donc au maintien de leur sensation de luxe» (§ 29)	N/A (arrêt concernant le droit des marques)



trices de la Commission sur les restrictions verticales<sup>6</sup>, oubliant parfois la grille d'analyse dégagée par la jurisprudence *Metro* et en particulier la nécessité de caractériser préalablement l'existence d'une restriction de concurrence "par objet ou effet" (contraire à l'article L. 420-1 du code de commerce et à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE), avant de déterminer si celle-ci constitue ou non une "restriction caractérisée" excluant le bénéfice d'une exemption par catégorie prévue par le règlement précité.

11. À cet égard, en répondant aux questions préjudicielles posées dans l'affaire *Coty*, la Cour de justice apporte, dans le prolongement de l'arrêt *Pierre Fabre*, une clarification juridique bienvenue concernant les différentes étapes d'analyse des accords de distribution sélective au regard du droit des ententes.

## 2. L'arrêt *Coty* éclaire la grille d'analyse des restrictions de concurrence contenues dans les accords de distribution sélective

12. L'arrêt *Coty* procède en deux temps : il examine tout d'abord la conformité du réseau de distribution sélective et de ses clauses au paragraphe 101, paragraphe 1, du TFUE, avant d'envisager, le cas échéant, s'il peut bénéficier de l'exemption par catégorie (en application du règlement n° 330/2010) ou d'une exemption individuelle (au titre de l'article 101, paragraphe 3).

13. Ce faisant, la Cour de justice apporte un éclairage sur la distinction entre "restriction par objet" et "restriction caractérisée", effort de clarification qui avait été déjà amorcé dans l'arrêt *Pierre Fabre*.

14. En effet, dans l'arrêt *Pierre Fabre*, la Cour de justice avait scindé en plusieurs branches la question préjudicielle posée par la cour d'appel de Paris, qui avait formulé une question globale se référant à la notion de "restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE". La Cour y avait répondu en plusieurs temps : d'abord, en qualifiant l'interdiction de fait des ventes sur internet de "restriction par objet" au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, pour ensuite examiner, au titre des deuxième et troisième branches de la question, si le contrat de distribution sélective contenant une telle clause pouvait bénéficier ou non d'une exemption par catégorie (en déterminant si celle-ci constituait une "restriction caractérisée" au sens de l'article 4, sous c), du règlement d'exemption) ou, le cas échéant, d'une exemption individuelle. La Cour soulignait d'ailleurs que la notion de "restriction caractérisée" de la concurrence ne figure pas dans les textes encadrant le droit des ententes<sup>7</sup>.

15. De même, dans l'arrêt *Coty*, la Cour de justice reprend implicitement la distinction entre ces deux notions. En effet, alors que la juridiction allemande avait demandé à la Cour si la restriction des ventes sur les plateformes de vente en ligne constituait une "restriction par objet de la clientèle" ou une "restriction par objet des ventes passives" au sens de l'article 4, sous b) et c) du règlement n° 330/2010 (3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> questions)<sup>8</sup>, la Cour de justice y répond uniquement au stade de l'examen du caractère exemptable de la clause, en d'autres termes, sous l'angle de la "restriction caractérisée"<sup>9</sup>. En revanche, ayant considéré que la clause litigieuse n'était pas restrictive de concurrence et était donc licite au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE (en réponse à la deuxième question), elle ne revient pas sur la nature de la restriction ("par objet" ou "par effet") puisque cette question devient sans objet.

16. Il convient donc de bien distinguer la notion de "restriction par objet", qui relève de l'appréciation de la restriction de concurrence au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE (et donc de la première étape du raisonnement à adopter : l'accord est-il contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE ?), de la notion de "restriction caractérisée", qui est quant à elle une notion spécifique relevant des cas limitativement envisagés par la Commission comme n'étant pas susceptibles de bénéficier d'une exemption par catégorie<sup>10</sup> (et donc de la seconde étape du raisonnement à adopter : l'accord, dont il est démontré qu'il est contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, est-il susceptible d'être exempté par catégorie au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE ?). Revenons en détail sur ces deux étapes.

### 2.1 Première étape : L'existence d'une pratique anticoncurrentielle

17. S'agissant de la première étape (l'accord est-il contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE ?), il importe d'examiner la licéité de l'accord et de ses clauses au regard des critères *Metro* susvisés, impliquant, plus particulièrement, une appréciation du caractère justifié des restrictions en cause au regard des propriétés des produits concernés et de leur caractère proportionné.

18. Si ces critères sont bien connus, l'un des apports de l'arrêt *Coty* réside dans les orientations qu'il donne pour apprécier la proportionnalité de la restriction examinée. La Cour préconise, d'une part, de vérifier le caractère approprié de la restriction au regard de l'objectif poursuivi (ce qui implique de se demander si la restriction en cause constitue un moyen adéquat pour aboutir au résultat escompté), et d'autre part, si la restriction ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire (ce qui implique de se demander si le même résultat n'aurait pas pu être atteint par des obligations moins contraignantes).

8 CJUE, *Coty*, préc., § 20.

9 *Ibid.*, § 60.

10 Prévues à l'article 4 du règlement d'exemption n° 330/2010 : (i) prix de vente imposés, (ii) restriction relative au territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre, (iii) restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals (pour la distribution sélective), (iv) restriction des livraisons croisées (pour la distribution sélective), et (v) restriction de la vente de composants à des utilisateurs finals.

6 Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C130/01.

7 CJUE, *Pierre Fabre*, préc., §§ 31 à 33.

19. Ainsi, concernant plus spécifiquement la nature de la restriction, à l'issue de l'examen du réseau de distribution sélective et de ses clauses, l'autorité de concurrence détermine si l'accord révèle un degré de nocivité suffisant pour être qualifié de restriction de concurrence "par objet" ou, à défaut, s'il a pour effet de restreindre la concurrence. À cet égard, il convient de souligner que, dans la mesure où les accords de distribution sélective influencent nécessairement la concurrence, la Cour de justice estime que "de tels accords sont à considérer, à défaut de justification objective, en tant que 'restrictions par objet'"<sup>11</sup>.

20. La conformité au droit des ententes de ces accords doit donc être appréciée au terme d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de l'accord et de ses clauses, ainsi que du contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, ce qui comprend la jurisprudence afférente à la distribution sélective. Nul ne peut faire l'économie de cet examen individuel, même s'il est patent que l'accord contient des restrictions caractérisées.

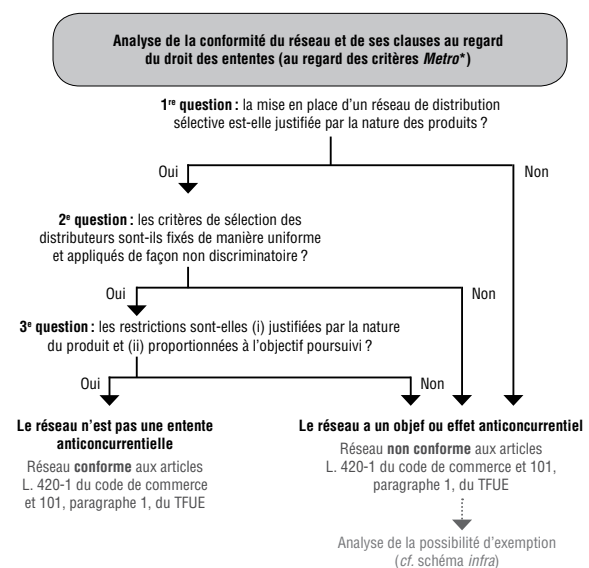
21. L'avocat général M. Ján Mazák a, dans ce sens, indiqué que "si l'inclusion de telles pratiques [restrictions caractérisées] dans un accord peut amener à douter de la conformité de cet accord avec l'article 81, paragraphe 1, CE (...) on ne saurait néanmoins présumer légalement que l'accord viole l'article 81, paragraphe 1, CE"<sup>12</sup>. Il en conclut qu'"un examen individuel est, par conséquent, nécessaire pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel, même dans le cas où il contient une restriction [caractérisée] tombant sous le coup de l'article 4"<sup>13</sup>. C'est ce que souligne également l'avocat général M. Nils Wahl dans ses conclusions dans l'affaire *Coty* : le "règlement d'exemption n'entend pas lister une série de comportements qui sont susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction de l'article 101 TFUE ou ceux qui d'emblée sont soustraits à l'application de cette disposition", mais seulement d'apporter des indications sur les restrictions qui ne sont pas susceptibles de bénéficier d'une exemption par catégorie "dans un souci d'apporter une certaine sécurité juridique aux entreprises concernées"<sup>14</sup>.

22. L'avocat général M. Ján Mazák va jusqu'à affirmer, dans ses conclusions dans l'affaire *Pierre Fabre*, qu'"un accord qui ne remplit pas toutes les conditions prévues par un règlement d'exemption n'a pas nécessairement pour objet ou effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 CE"<sup>15</sup>. Si cette affirmation laisse songeur en ce qu'elle semble impliquer qu'un accord pourrait contenir une restriction caractérisée (justifiant l'absence d'exemption) sans avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel, elle revient en réalité à exiger la démonstration préalable de l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de l'accord, avant de se demander si celui-ci peut être racheté par le mécanisme

de l'exemption. Dans le même sens, la Cour de cassation a, par deux arrêts *Brandalley* et *Coty* du 16 mai 2018, jugé que "la circonstance, à la supposer établie, que l'accord ne bénéficie pas d'une exemption par catégorie n'implique pas nécessairement que le réseau de distribution sélective contrevient aux dispositions de l'article 101, paragraphe 1 TFUE"<sup>16</sup>.

23. En résumé, le raisonnement à adopter pour l'examen de la conformité d'un réseau de distribution sélective et de ses clauses peut être schématisé comme suit :

Figure 1. 1<sup>re</sup> étape : Analyse de la licéité du réseau et de ses clauses



\* La restriction doit être justifiée compte tenu des caractéristiques du produit, les distributeurs doivent être sélectionnés sur la base de critères qualitatifs objectifs, fixés de manière uniforme et appliqués de façon non discriminatoire et la restriction doit être proportionnée (adaptée et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire) au regard de l'objectif poursuivi.

("Le réseau est-il conforme aux articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, du TFUE?") xxx

24. Le schéma ci-dessus met en lumière l'importance de procéder à une analyse spécifique de chacune des restrictions contenues dans l'accord (3<sup>e</sup> question), en complément de l'appréciation de la légitimité de la mise en place d'un réseau de distribution sélective (1<sup>re</sup> question) et de la manière dont ces critères sont appliqués (2<sup>e</sup> question). Une approche alternative, plus simple mais selon nous moins précise et, de fait, moins didactique, consisterait à intégrer l'examen des clauses dans l'analyse générale de la licéité du réseau.

11 CJUE, *Pierre Fabre*, préc., § 39.

12 Concl. de l'avocat général M. Ján Mazák présentées le 3 mars 2011, aff. C-439/09, *Pierre Fabre*, § 28.

13 *Ibid.*, § 30.

14 Concl. de l'avocat général M. Nils Wahl, *Coty*, préc., §§ 54 et 55.

15 Concl. de l'avocat général M. Ján Mazák, *Pierre Fabre*, préc., § 29.

16 Cass. com., 16 mai 2018, *Coty France*, n° 16-18174 et Cass. com., 16 mai 2018, *Brandalley*, n° 16-20040.

## 2.2 Seconde étape : L'éventuelle exemption

25. S'agissant de la seconde étape du raisonnement (l'accord est-il susceptible d'être exempté au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE?), l'arrêt *Coty* rappelle que "ce n'est que dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi devrait conclure qu'une clause, telle que celle en cause au principal, restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, que pourrait se poser la question de savoir si cette clause peut bénéficier, en vertu de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, d'une exemption au titre du règlement n° 330/2010"<sup>17</sup>.

26. En effet, pour mémoire, un accord ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel peut bénéficier d'une exemption par catégorie, au titre du règlement n° 330/2010, si les parties à l'accord ne détiennent pas respectivement plus de 30 % des parts de marché et si l'accord ne contient pas de "restriction caractérisée". À défaut d'exemption par catégorie, il convient de vérifier si l'accord peut bénéficier d'une exemption individuelle, au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE, en recherchant si les quatre conditions cumulatives prévues par ce texte sont réunies (l'accord contribue au progrès économique et technique et profite aux consommateurs, les utilisateurs/consommateurs bénéficient d'une partie équitable du profit qui résulte de l'accord, les restrictions de concurrence issues de l'accord sont indispensables pour la réalisation de ces bénéfices et, enfin, l'accord n'élimine pas la concurrence).

27. Ainsi, comme le rappelle la Cour, ce n'est qu'après avoir conclu que le réseau de distribution sélective constituait une entente anticoncurrentielle, par objet ou par effet, que la question de l'exemption doit être posée.

28. Est-ce à dire que les notions de "restriction par objet" et de "restriction caractérisée" ne recouvrent pas des réalités identiques? La réponse est en pratique nuancée. Il est en effet manifeste que, comme le souligne l'avocat général Wahl, "dans les deux cas, il s'agit d'identifier des comportements qui sont présumés particulièrement nocifs à la concurrence par référence à l'appréciation du contexte économique et juridique immédiat dans lequel s'insèrent les mesures des entreprises"<sup>18</sup>. En effet, les deux notions visent des restrictions qui sont objectivement de nature à restreindre la concurrence et sont présumées exercer des effets restrictifs de concurrence, compte tenu de leur degré de nocivité, qui s'apprécie au regard de "la teneur de ses dispositions [celles de l'accord], des objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère"<sup>19</sup>.

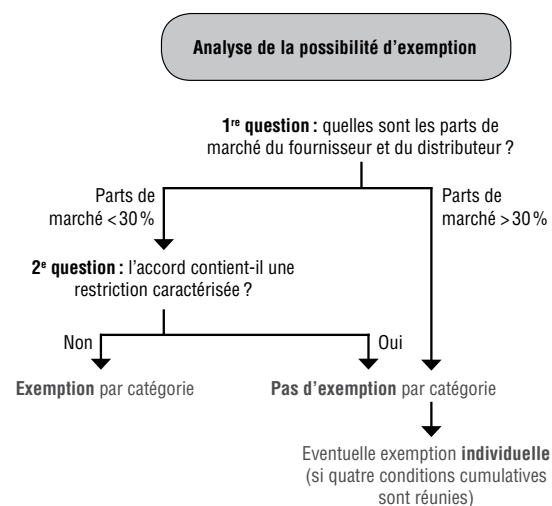
29. On peut donc admettre aujourd'hui qu'une "restriction caractérisée" constitue une "restriction par objet". Tel est le cas, par exemple, de la restriction de la liberté tarifaire du distributeur par le fournisseur. En revanche, il serait contraire à l'esprit du Traité d'affirmer que les

"restrictions par objet" seraient limitées aux quelques cas visés par la Commission à l'article 4 du règlement d'exemption. La Cour de justice a d'ailleurs jugé que si la notion de restriction par objet doit être interprétée restrictivement, il n'existe cependant pas de liste limitative de ces restrictions, les exemples d'accords de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE n'étant pas exhaustifs<sup>20</sup>. Il est donc juridiquement possible qu'une restriction de concurrence soit qualifiée de "restriction par objet", sans pour autant constituer une "restriction caractérisée", en ce qu'elle n'entre dans aucune des catégories visées par le règlement d'exemption. À cet égard, on ne peut exclure un cas de figure dans lequel un accord de distribution sélective pourrait en principe bénéficier d'une exemption par catégorie (si le seuil de parts de marché prévu par le règlement n° 330/2010 n'est pas atteint), alors même qu'il comporte un objet anticoncurrentiel<sup>21</sup>.

30. Enfin, il convient de souligner que la Cour de justice rappelle dans l'arrêt *Pierre Fabre*, en réponse à la troisième branche de la question préjudicielle posée, qu'en tout état de cause, un tel accord pourra, d'un point de vue juridique, être analysé pour l'octroi d'une exemption individuelle au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE. Ceci étant, il semble peu probable que celui-ci réponde au critère de proportionnalité au stade de l'examen de l'exemption, alors que cette condition n'aurait pas été remplie au stade de l'appréciation de la conformité à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

31. En résumé, dans l'hypothèse où le réseau n'est pas conforme au droit des ententes, le raisonnement à adopter pour déterminer si celui-ci peut bénéficier d'une exemption peut être schématisé de la manière suivante :

Figure 2. 2<sup>de</sup> étape : Analyse de l'exemption éventuelle



(“Le réseau peut-il bénéficier d'une exemption au titre des articles L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, du TFUE ?”) xxx

17 Cour de justice, *Coty*, préc., § 59.

18 Concl. de l'avocat général M. Nils Wahl, *Coty*, préc., § 134.

19 Voir en ce sens, CA Paris, 21 décembre 2017, n° 2015/17638 (affaire des banques); CJUE, 11 septembre 2014, *CB c/ Commission*, aff. C-67/13 (arrêt *Groupement des cartes bancaires*),

20 CJUE, *Groupement des cartes bancaires*, préc., pt 58.

21 On rappellera néanmoins que, dans un tel cas, il pourrait en théorie être envisagé de faire application de l'article 29 du règlement no 1/2003 prévoyant la possibilité du retrait individuel d'une exemption.

## II. Comme dans les arrêts passés, l'arrêt *Coty* reste assez impressionniste sur la définition et les frontières des produits de luxe

32. L'arrêt *Coty* est l'occasion pour la Cour de revenir sur la notion de "produit de luxe", ce qui lui permet de lever une incertitude d'interprétation de l'arrêt *Pierre Fabre*, dans lequel la Cour avait indiqué, à son paragraphe 46, que "*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, du TFUE*".

33. Ce considérant a pu parfois être interprété comme remettant en cause la possibilité de mettre en place un réseau de distribution sélective pour les produits de luxe, en totale contradiction avec la jurisprudence antérieure susvisée.

34. Un éclaircissement était donc bienvenu, compte tenu de l'inquiétude suscitée en Europe chez les producteurs de luxe. Aussi, dans l'arrêt *Coty*, la Cour de justice lève l'ambiguïté et confirme qu'"*eu égard à leurs caractéristiques et à leur nature, 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*", avant de conclure 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 du TFUE*"<sup>22</sup>. Elle prend surtout le soin de préciser qu'"*il ne saurait être déduit de l'arrêt du 13 octobre Pierre Fabre (...), que son point 46 visait à établir une déclaration de principe selon laquelle la protection de l'image de luxe ne saurait plus désormais être de nature à justifier une restriction de la concurrence, telle que celle qui résulte de l'existence d'un réseau de distribution sélective, au regard de tout produit, dont notamment les produits de luxe, et de modifier ainsi la jurisprudence constante de la Cour*"<sup>23</sup>.

35. L'arrêt *Coty* réaffirme donc que la mise en place d'un système de distribution sélective peut être justifiée pour la commercialisation de produits de luxe.

36. Pour autant, la Cour de justice laisse toujours ouverte la lancinante question de savoir ce que recouvre exactement la notion de "produit de luxe" ou de "prestige" (et quelle frontière permettrait de les distinguer de produits qui ne le sont pas), alors que la justification de la mise en place d'un réseau de distribution sélective – et donc la sécurité du montage juridique et organisationnel mis en place par le fournisseur – repose sur cette définition.

37. Aussi, compte tenu de l'impossibilité de donner une définition précise du luxe, on peut se demander – au-delà de la question que certains commentateurs ont posée quant au caractère transposable de l'analyse de la Cour de justice dans l'arrêt *Coty* à d'autres catégories de produits que le luxe – s'il ne faudrait pas privilégier une analyse plus fonctionnelle que sectorielle, aux termes de laquelle la justification du réseau reposerait sur la nécessité d'offrir un service avant, voire après, l'achat.

### 1. La définition et le périmètre des produits de luxe, tels que dégagés par la jurisprudence, restent incertains et peu opérationnels

38. Ni l'arrêt *Coty* ni les différents arrêts antérieurs relatifs à la distribution de produits de luxe ne donnent de définition précise du luxe. La jurisprudence procède plutôt de la méthode du "faisceau d'indices", en listant plusieurs critères, qui relèvent soit des caractéristiques des produits, soit de la perception que les clients en ont. Ainsi, pour ce qui est des caractéristiques des produits, il est fait mention de la "qualité" (L'Oréal, 1980), de la "qualité intrinsèque" (Givenchy, 1996), de la "haute qualité" (Givenchy, 1996), "des matériaux d'un haut niveau qualitatif" (Yves Saint Laurent, 1996), du "prix relativement élevé" ou "prix plus élevé" (Givenchy, 1996), de la "marque de prestige" (Givenchy, 1996), de "l'image valorisante" (Clarins, 2007) ou encore du positionnement "haut de gamme" (Dior, 2009), sans qu'une hiérarchie soit d'ailleurs opérée entre ces différents critères. Pour ce qui est de la perception des produits par les clients, des termes et expressions tels que "l'aura" (Yves Saint Laurent, 1996), "l'allure" (Dior, 2009), la "sensation de luxe" (Dior, 2009), "l'image de luxe" (Yves Saint Laurent, 1996) ou encore "l'image de prestige" (Dior, 1980) sont employés.

22 CJUE, *Coty*, préc., §§ 28 et 29.

23 *Ibid.*, § 35.



**Tableau 2. Caractérisation d'un "produit de luxe" dans les principaux arrêts et décisions**

Référence de l'arrêt ou la décision	Caractérisation du produit de luxe
<p><i>Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission (Givenchy), 12 décembre 1996, T-88/92</i></p> <p><i>Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission (Yves Saint Laurent), 12 décembre 1996, T-19/92</i></p>	<p>"de haute <b>qualité</b>"</p> <p>"au <b>prix</b> relativement élevé"</p> <p>"commercialisés sous une marque de <b>prestige</b>"</p> <p>"<b>sophistiqués</b>"</p> <p>"résultant d'une <b>recherche particulière</b>"</p> <p>"utilisant des matériaux d'un <b>haut niveau qualitatif</b>, notamment pour leur conditionnement"</p> <p>"dotés d'une <b>'image de luxe'</b> qui sert à les <b>distinguer</b> des autres produits semblables"</p> <p>"image de luxe est <b>importante</b> aux yeux des consommateurs"</p> <p>"ne peut être limitée à leurs caractéristiques matérielles"</p> <p>"englobe également la <b>perception spécifique</b> qu'en ont les consommateurs, et plus particulièrement leur <b>'aura de luxe'</b>"</p> <p>"haute <b>qualité intrinsèque</b>"</p> <p>"<b>caractère de luxe</b> qui relève de leur nature même"</p>
<p><i>Copad SA c/ Christian Dior, 23 avril 2009, C-59/08</i></p>	<p>"la <b>qualité</b> des produits de <b>prestige</b>"</p> <p>"<b>caractéristiques matérielles</b>"</p> <p>"<b>l'allure et de l'image de prestige</b>, qui leur confère une <b>sensation de luxe</b>"</p> <p>"articles <b>haut de gamme</b>"</p> <p>"la <b>sensation</b> de luxe qui émane de ceux-ci est un élément essentiel pour qu'ils soient <b>distingués</b>, par les <b>consommateurs</b>, des autres produits semblables"</p>
<p>Décision 07-D-03 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe par la société Clarins SA</p>	<p>"<b>niveau de prix</b>"</p> <p>"<b>image</b> (...) <b>valorisante</b> dans l'esprit du consommateur"</p> <p>"<b>image de luxe et de prestige</b>"</p> <p>"<b>perception des consommateurs</b>"</p> <p>"<b>aura d'exclusivité et de prestige</b>"</p>

39. Par-delà la diversité des termes employés, les différents qualificatifs peuvent être regroupés en quatre critères : une marque forte, une haute qualité intrinsèque du produit, un prix élevé et une perception d'exclusivité par les clients. Cette approche multicritères et "impressionniste" soulève plusieurs difficultés pratiques.

40. En premier lieu, les quatre critères posés apparaissent très largement qualitatifs et subjectifs : qui décide par exemple du niveau de qualité suffisamment "haut" d'un produit ? La perception du positionnement de luxe d'un produit peut d'ailleurs être variable d'un pays à l'autre. Ainsi, à titre d'exemple, dans une affaire *Asics* relative

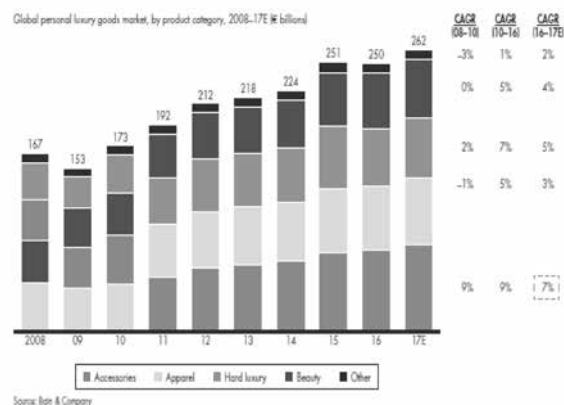
à des restrictions de ventes sur internet, l'autorité allemande de concurrence, confirmée par la Cour suprême fédérale d'Allemagne par un arrêt du 12 décembre 2017, a considéré que les chaussures de sport de marque *Asics* ne pouvaient pas être considérées comme des produits de luxe<sup>24</sup>. À l'inverse, dans une affaire *Nike* portant également sur une interdiction pour les distributeurs de vendre les produits sur Amazon, un tribunal néerlandais a estimé en octobre 2017 que les produits Nike pouvaient être considérés comme des produits de luxe<sup>25</sup>.

41. De même, à partir de quel seuil de prix doit-on considérer que le prix d'un produit est "élevé" : faut-il prendre comme référence des produits similaires dans leur usage ? Doit-on raisonner en termes absolus (niveau de prix), et dans l'affirmative sur quelle base établir un tel seuil ?

42. Compte tenu de ces incertitudes méthodologiques, il est difficile d'établir une frontière précise entre luxe et non-luxe, sans entretenir une certaine insécurité juridique pour les entreprises, en particulier lorsqu'elles évoluent à la frontière entre le haut de gamme et le luxe.

43. En deuxième lieu, doit-on adopter une lecture restrictive – seul un produit répondant cumulativement à ces quatre critères relèverait de la catégorie des "produits de luxe" – ou extensive de ces critères ? À l'évidence, les quatre critères s'appliquent sans peine aux produits haut de gamme de grandes marques établies sur le marché depuis longtemps. Mais certains produits fabriqués par des marques de luxe établies pourraient ne pas répondre à la totalité de ces quatre critères, dans l'hypothèse d'une application restrictive. Tel est le cas notamment du marché de l'accessoire (par exemple, les montures de lunettes), sur lequel la plupart des grandes marques de luxe se sont lancées ces dernières années. Ce marché connaît en effet un fort succès auprès des jeunes générations et constitue le segment le plus dynamique du luxe à la personne, avec un taux de croissance annuel moyen de 9% au cours de la période 2010-2016, au point de constituer le premier segment en valeur depuis 2012, devant les vêtements (graphique 1).

**Graphique 1. Part des différents segments du luxe à la personne (en milliards de dollars ; 2008-2017)**



24 GCR, 25 janvier 2018, *Despite Coty, Asics loses on price comparison ban.*

25 GCR, 11 octobre 2017, *Dutch court upholds Nike's selective distribution.*

44. Une application restrictive de ces critères pourrait ainsi amener à considérer que certains produits fabriqués par des marques de luxe établies n'appartiennent paradoxalement pas à l'univers du luxe et ne nécessitent donc pas le recours à un système de distribution sélective. Certains producteurs de luxe ont d'ailleurs déjà adopté une approche duale de leur système de distribution : alors qu'ils acceptent que leurs parfums soient vendus directement sur des sites de *pure players* généralistes ou sur des places de marché, ils refusent de commercialiser leurs produits les plus haut de gamme sur ces plateformes ou exigent le respect des conditions imposées au réseau de distribution sélective.

45. En troisième lieu, le critère de perception des produits par les clients peut conduire à un raisonnement circulaire : le "sentiment d'exclusivité" dépend en partie de la possibilité pour le producteur de mettre en place un réseau de distribution sélective, qui participe à la construction de son image de luxe. Un producteur dont les produits ne sont pas encore perçus par les clients comme relevant du luxe mais qui entend "monter en gamme" son offre aura plus de difficulté à justifier la licéité d'un système de distribution sélective, qui est pourtant l'une des conditions pour créer ce sentiment d'exclusivité. Cette aporie conduit à une approche très "conservatrice" des produits de luxe et rend plus difficile le développement de nouvelles marques de luxe. Or, on peut constater que le secteur du luxe est également animé par l'arrivée continue de nouveaux acteurs : si l'on en croit l'étude Deloitte, Global Powers of Luxury Goods (2017), 10 marques ont fait leur entrée dans le top 100 des marques de luxe, après avoir opéré un mouvement de montée en gamme.

46. À vrai dire, l'approche consistant à se focaliser sur la nature luxueuse ou non d'un produit conduit rapidement à une impasse, faute d'une définition claire de ce qu'est un produit de luxe et compte tenu de l'impossibilité d'établir une frontière nette entre luxe et non-luxe, surtout dans un contexte marqué par des comportements d'achat évolutifs, qui conduisent les clients à "mixer" produits de "luxe" et produits "tendance".

47. En effet, une partie des clients – et en particulier les *Millennials* (dénommés également "génération Y") – ne conçoit plus le luxe comme une catégorie à part mais comme une composante d'un univers plus global, qui est celui de la mode : ces clients n'hésitent donc pas à arbitrer en faveur de marques moins prestigieuses (ou à composer des "mixtes" luxe/mode) mais qui sont davantage dans les tendances du moment, à l'image du *streetwear*. Ce comportement ressort particulièrement de l'enquête du BCG/Altagamma (2017), qui met en relief le fait que 41 % des clients se disent prêts à remplacer les marques de luxe par des marques plus "tendance", largement présentes sur internet.

## 2. Le bien-fondé d'un réseau de distribution sélective doit reposer sur des critères génériques, et notamment sur la nécessité d'un service avant l'achat du produit

48. Pour éviter de multiplier les catégories de produits ou de secteurs qui seraient ou non "éligibles" à la distribution sélective, il est préférable de revenir au fondement même de ce qui justifie la mise en place d'un tel système et de raisonner sur une approche transversale et générique.

49. À cet égard, la théorie économique fournit un guide utile pour comprendre le bien-fondé d'un réseau de distribution sélective. En effet, l'École de Chicago a depuis longtemps montré que les restrictions verticales, dont la distribution sélective constitue une forme particulière, peuvent être justifiées par la nécessité de remédier à un problème de défaut de coordination entre acteurs, ce que les économistes dénomment une "externalité négative". Un cas particulièrement intéressant est celui dans lequel le produit nécessite pour les clients (ou une partie d'entre eux) un service avant l'achat, détachable de l'acte d'achat lui-même. Il peut s'agir d'un service :

- relatif au bon usage/fonctionnement/installation du produit, en permettant par exemple de l'essayer avant de l'acheter ;
- de conseil sur le produit le plus adapté aux besoins du client ;
- de mise en valeur du produit dans un environnement adapté à son positionnement haut de gamme ;
- informant sur les risques pour la sécurité d'une mauvaise utilisation du produit.

50. Dans ce cas de figure, en l'absence de distribution sélective, le risque est qu'aucun distributeur n'offre ledit service, dans la mesure où ce dernier engendre un coût supplémentaire (embauche et formation de vendeurs, par exemple) et qu'il est détachable de l'acte d'achat lui-même (le client ne paie pas une prestation de service avant d'acheter le produit). Chaque distributeur espère que son concurrent offrira le service mais ne l'offre pas lui-même, afin de diminuer son coût de production et son prix. Tous les distributeurs adoptant le même comportement, on parvient à un équilibre sous-optimal : comme aucun distributeur ne fournit le service, une partie des clients renonce à acheter le produit, ce qui constitue une perte de chiffre d'affaires et de marge pour les distributeurs mais également pour le producteur en amont.

51. Cette situation correspond à celle d'un "dilemme du prisonnier" et peut être illustrée au travers d'un exemple simple. Supposons que deux distributeurs physiques A et B puissent distribuer un produit qui nécessite, pour une partie au moins des clients (par exemple les moins informés), d'offrir un service de conseil avant l'achat. Si les

deux distributeurs offrent le service simultanément, ils supportent certes chacun un coût additionnel, mais ce coût est compensé par le supplément de demande qui en résulte pour chacun d'entre eux. Ils réalisent un profit individuel de 10. À l'inverse, si les deux distributeurs n'offrent pas le service, l'économie liée au fait qu'ils ne supportent pas de coût additionnel est plus que compensée par le faible niveau de la demande globale (seuls les clients "informés" achètent le produit) : dans ce cas de figure, chaque distributeur réalise un profit individuel de 8.

52. La solution la plus profitable pour chaque distributeur est que son concurrent offre le service (et supporte ainsi le coût additionnel) sans que lui-même l'offre : il peut alors tirer parti de son coût plus faible pour baisser le prix et attirer une partie de la clientèle de son concurrent. Dans ce cas de figure, celui qui offre seul le service réalise un profit de 5, tandis que celui qui se comporte en *free rider* (cavalier seul) réalise un gain de 15.

53. La solution la plus probable de ce jeu (équilibre de Nash), dans le cadre d'un jeu non répété, est qu'aucun des distributeurs n'offre le service. Elle impactera indirectement le producteur, dont les ventes seront moindres, et les consommateurs, dont une partie renoncera à acheter le bien.

**Tableau 3. Offre de services avant l'achat : Un dilemme du prisonnier**

		Distributeur A	
		Ne pas offrir le service	Ne pas offrir le service
Distributeur B	Offrir le service	(10,10)	(5,15)
	Ne pas offrir le service	(15,5)	(8,8)

54. Dans cette perspective, la distribution sélective vise à exiger des distributeurs agréés qu'ils offrent un minimum de services avant l'achat, que ce soit dans le magasin physique ou en ligne. Cette justification au nom de la nécessité d'un service avant l'achat est par exemple celle que le Conseil de la concurrence a retenue dans l'affaire *Kronenbourg*. En effet, Kronenbourg avait constaté qu'en l'absence de distribution sélective sur le marché de la bière en fût, "près de 80% des demis de bière tirés à la pression ne respectaient pas les normes minimales de qualité que toute bière distribuée en fûts doit respecter". L'entreprise a donc justifié le passage à un système de distribution sélective en exigeant que les distributeurs procèdent à "la mise en œuvre d'équipements, de services d'assistance et de soins particuliers en vue de préserver la qualité du produit jusqu'à son tirage destiné au consommateur final"<sup>26</sup>.

26 Décision n° 05-D-50 du 21 septembre 2005 relative à la plainte de la société SCOB à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Brasseries Kronenbourg dans le secteur de la distribution de la bière, § 57.

55. Il ressort de ce qui précède qu'il est nécessaire de dépasser l'approche sectorielle jusqu'ici retenue (luxe vs non-luxe) pour privilégier une analyse fonctionnelle, dans la mesure où l'appréciation de la licéité du réseau repose précisément sur l'examen de la justification des restrictions qu'un tel système de distribution implique et de leur proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi. Cette approche fonctionnelle a le mérite de répondre à la seule question qui importe : la mise en place d'un réseau de distribution sélective et les restrictions qui y sont associées permettent-elles d'assurer les services requis pour préserver la qualité et/ou le bon usage des produits concernés ?

56. Cela suppose donc que le fournisseur et les distributeurs agréés soient en mesure de démontrer que les restrictions sont nécessaires pour favoriser une concurrence sur d'autres éléments que le prix, qu'il s'agisse de la mise en valeur de produits de luxe ou du bon usage de produits techniques, voire potentiellement dangereux.

### III. L'arrêt *Coty* s'inscrit dans un contexte de mutations du commerce en ligne des produits de luxe, sans en tirer toutes les conséquences en termes de concurrence

57. Les produits en cause dans l'affaire *Coty* – à savoir des parfums de marque – relèvent d'un segment particulier du luxe : le "luxe à la personne", qui rassemble pour l'essentiel les vêtements, la bagagerie, les chaussures, les parfums haut de gamme, les montres de luxe et la haute joaillerie.

58. Ce segment de marché, qui pèse plus de 260 milliards de dollars (soit 22% du marché total du luxe) et est principalement dominé par des entreprises européennes (françaises, italiennes et suisses pour l'essentiel), est longtemps resté à l'écart du commerce en ligne : avant 2013, la part des ventes en ligne sur les produits de luxe à la personne était inférieure à 4%. Les grandes marques concevaient davantage internet comme un canal de notoriété ("site vitrine") ou comme un point d'entrée pour le client : internet faisait en réalité office de *showroom* virtuel, permettant aux clients de visualiser les produits et d'acquérir des informations, avant de se rendre en magasin physique pour essayer et le cas échéant acheter le produit<sup>27</sup>. Cette réti-

27 Cette stratégie est parfois dénommée "ROPO" : *Research on line, purchase offline*.

cence des groupes de luxe à aller sur le *online* s'expliquait par une double crainte : celle de voir les ventes en ligne "cannibaliser" les ventes en magasin physique, sans création additionnelle de valeur, et celle de voir l'expérience client se dégrader, compte tenu du fait qu'il n'est pas possible de transposer à l'identique sur internet la totalité des services offerts en magasin (et notamment celui d'essayer immédiatement le produit et de le rendre sans délai s'il ne convient pas), mais également compte tenu du fait que la vente par l'intermédiaire des plateformes de vente en ligne présentait un risque de commerce parallèle, voire de contrefaçons, susceptibles de porter atteinte à l'intégrité des réseaux et à l'image des produits.

## 1. Les acteurs du luxe ont pris récemment le tournant du commerce en ligne, en multipliant les canaux de distribution

59. Cette vision prudente des acteurs du luxe a laissé place depuis quelques années à une approche plus offensive, consistant à faire d'internet un canal de vente à part entière : la logique de cannibalisation a cédé la place à une logique de complémentarité. Comme dans les autres secteurs, le luxe mise désormais sur le multicanal, voire même le cross-canal<sup>28</sup>, en jouant sur les synergies croisées entre *online* et *offline*. Les marques de luxe perçoivent davantage le commerce en ligne comme une opportunité pour développer des ventes additionnelles, dès lors que les différents canaux de vente sont articulés entre eux, notamment en termes de gamme de produits. Cette logique d'induction des ventes est confirmée par le sondage de BCG/Altgamma (2017), qui montre que pour 61 % des répondants les achats en ligne viennent s'ajouter aux achats en magasin physique plutôt que les cannibaliser<sup>29</sup>.

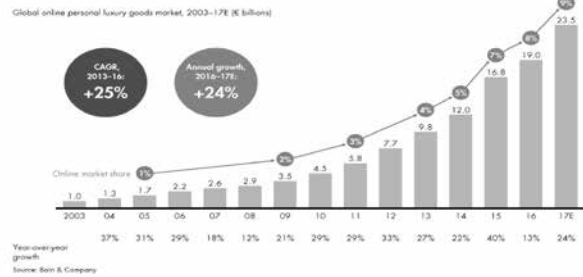
60. Cette volonté de stimuler le commerce en ligne se retrouve également dans les chiffres du e-commerce : alors que la part de marché du luxe *online* restait anecdotique jusqu'en 2013 (moins de 5 % des ventes), un net point d'inflexion est observé à partir de 2014, avec la forte montée en puissance des ventes en ligne qui progressent de 25 % par an : en l'espace de 4 ans (2014-2017), la part de marché du *online* a quasiment doublé, pour atteindre 9 % en 2017 (Bain & Company 2017). Selon les projections du cabinet Bain, le marché du *online* pourrait atteindre 25 % à l'horizon 2025, contre 75 % pour les ventes en magasins physiques (graphique 2).

28 Le multicanal consiste à disposer de plusieurs canaux de distribution, sans nécessairement les faire interagir entre eux. Le cross-canal vise à utiliser les synergies possibles entre les canaux de distribution : par exemple, une visite en magasin physique peut déboucher sur une commande en ligne au sein du magasin physique. À l'inverse, une commande passée sur internet peut être retirée dans un magasin physique (modèle "click and collect").

29 Ce taux est toutefois très disparate selon les pays : pour 77 % des clients chinois, les achats en ligne viennent s'ajouter aux achats en magasin physique, contre 56 % chez les Américains (BCG/Altgamma).

**Graphique 2. La progression du e-commerce sur le segment du luxe à la personne (en milliards de dollars ; estimation pour 2017)**

Figure 10: Online luxury posted another year of double-digit growth



Source : Bain & Company 2017

61. Le développement des ventes en ligne se fait au travers de multiples canaux de distribution. À ses débuts, le commerce en ligne de biens de luxe se limitait pour l'essentiel aux ventes effectuées par les distributeurs agréés, au travers de leur propre site internet. Compte tenu de leur faible visibilité sur internet et de l'assortiment limité de produits dont ils disposent, ce canal de distribution est resté assez confidentiel en termes de chiffre d'affaires.

62. Les producteurs de luxe ont franchi un premier pas, en faisant évoluer leur site internet, passé du statut de "site vitrine" à celui de site de vente<sup>30</sup>. La forte visibilité de la marque, qui se retrouve dans l'adresse internet du site, permet de drainer un trafic plus large que celui que peut atteindre un distributeur agréé : selon BCG/Altgamma (2017), 33 % des ventes *online* de luxe passent par le canal du site officiel de la marque. De plus, le site de la marque peut bénéficier d'une profondeur de gamme (au travers d'un large choix de modèles, coloris, etc.), même si l'ensemble des produits de la marque n'est pas proposé à la vente sur internet, et notamment les modèles les plus onéreux.

63. Outre les sites de marques, on a vu se développer récemment quelques *pure players* spécialisés dans le luxe, dont les ventes n'ont plus rien de confidentiel : ainsi, le leader européen Yoox Net-à-porter a réalisé en 2017 un chiffre d'affaires de 2,1 milliards (avec une croissance annuelle à deux chiffres) et affiche une rentabilité positive. Le numéro deux, Farfetch a réalisé en 2017 un chiffre d'affaires de 720 millions de dollars, en croissance de 74 %, mais le groupe anglais continue d'enregistrer des pertes. Selon BCG/Altgamma (2017), ce canal de vente représenterait aujourd'hui 32 % des ventes en ligne et atteindrait même 38 % si l'on y ajoute les sites multimarques qui pratiquent des rabais (essentiellement sur des fins de série).

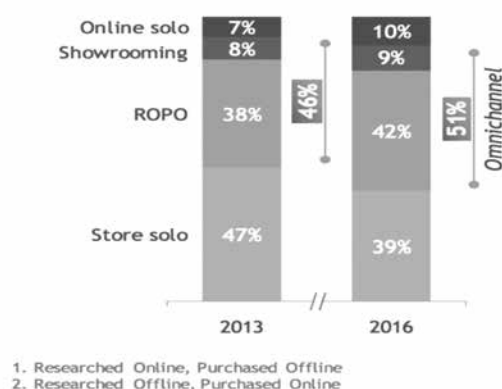
30 On notera toutefois que Chanel n'a pas pour l'heure pris le tournant du e-commerce pour les ventes de vêtement (ce qui n'est pas le cas en revanche pour les parfums et cosmétiques), craignant de détériorer son image de marque. Le président des activités mode de Chanel a ainsi justifié ce choix, en novembre 2017 : "Si vous donnez tout, tout de suite et à tout le monde, vous perdez votre exclusivité."



64. Quant aux places de marché généralistes comme Amazon, elles représentent une part encore assez limitée des ventes en ligne, de l'ordre de 15 à 20%, selon BCG/Altgamma.

65. En changeant de stratégie sur les ventes en ligne, les acteurs du luxe entendent mieux répondre aux attentes des clients, dont les comportements évoluent rapidement. En effet, les clients sont devenus eux-mêmes omnicaux : ils jonglent entre sites internet et magasins physiques, dans une logique croisée. Sur le graphique 3, il apparaît qu'en 2016, 51% des clients recourent à internet à un moment donné de leur acte d'achat de produits de luxe : 42% vont sur internet pour y faire des recherches et comparaisons avant de passer à l'acte d'achat en magasin physique ("ROPO"). Symétriquement, 9% d'entre eux vont en magasin essayer un produit, avant de l'acheter en ligne ("showrooming"). On peut donc estimer que la part des clients qui mixent le magasin physique et le site online est égale à 51% (42 + 9). Dix pour cent des clients achètent directement en ligne ("online solo"), sans passer par une visite en magasin physique. Enfin, 39% des clients achètent en magasin physique sans passer par l'étape d'internet, pratique en déclin depuis 2013 (où elle représentait 47% des clients).

**Graphique 3. L'évolution des comportements d'achat offline et online de produits de luxe (2013-2016)**



Source : BCG/Altgamma 2017

66. Cette tendance à acheter des produits de luxe en ligne devrait bénéficier des évolutions démographiques et comportementales, avec l'arrivée de nouvelles générations de clients. En effet, si le marché du luxe reste encore majoritairement aux mains des baby-boomers, les *Millennials* représentent déjà 30% du marché en valeur<sup>31</sup> tandis que la génération Z (née après 2000) compte déjà pour 6% des clients, même si elle reste encore marginale en valeur. Les générations Y et Z ont grandi ou sont nées avec le numérique et n'hésitent pas à acheter des produits dits "de luxe" sur internet : selon l'enquête BCG/Altgamma, 68% des *Millennials* ont recours à internet lors de l'achat d'un produit de luxe, soit dans une logique de ROPO

(46% au lieu de 42% en moyenne), soit en allant d'abord dans un *showroom* avant d'acheter en ligne (12% au lieu de 9% en moyenne), soit en achetant directement en ligne (10%). Leurs achats ne s'effectuent pas seulement sur le site officiel des marques mais également sur des sites multimarques dédiés au luxe : 49% des *Millennials* qui achètent du luxe le font sur des sites multimarques (contre 32% en moyenne) et seulement 33% sur le site de la marque. Près de la moitié (47%) des clients achetant en ligne sont américains et leurs achats portent principalement sur des accessoires, des T-shirts, des jeans ou des sneakers griffés par des marques de luxe.

## 2. C'est dans ce contexte évolutif que le rôle des places de marché dans l'animation de la concurrence par les prix doit être appréhendé

67. Dans ce contexte de développement du commerce en ligne des produits de luxe, certains fournisseurs ont jugé opportun de restreindre la capacité de leurs distributeurs agréés de vendre les produits contractuels par l'intermédiaire des places de marché.

68. Une telle restriction est-elle conforme au droit des ententes ? La Cour de justice répond, dans l'arrêt *Coty*, par l'affirmative, en jugeant qu'elle est "appropriée pour préserver l'image de luxe" des produits concernés<sup>32</sup> et qu'elle "ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'image de luxe" desdits produits<sup>33</sup>. Elle retient en particulier, au titre du contrôle de proportionnalité de la clause, l'absence d'impact significatif d'une telle restriction sur le marché, compte tenu du fait que, contrairement à la situation dans l'affaire *Pierre Fabre* par exemple, elle n'interdit pas de manière absolue toute revente des produits contractuels sur internet, les distributeurs agréés restant libres de commercialiser lesdits produits dans leurs points de vente en ligne propres<sup>34</sup>.

69. En d'autres termes, alors qu'une interdiction absolue des ventes sur le canal de distribution que représente internet est disproportionnée, la restriction des ventes sur une partie de ce canal (les places de marché) ne va, quant à elle, pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

70. En effet, si les ventes en ligne de produits de luxe se développent, les places de marché ne constituent pas aujourd'hui le canal majeur de distribution sur internet pour les clients. Les ventes en ligne se font principalement sur les sites des marques et sur ceux des *pure players* multimarques. Du côté des distributeurs agréés, l'enquête sectorielle de la Commission sur le commerce électro-

32 CJUE, *Coty*, préc., § 51.

33 *Ibid.*, § 55.

34 *Ibid.*, §§ 52 et 54.

31 À l'horizon 2024, les *Millennials* devraient représenter, selon l'enquête BCG/Altgamma 2018, 50% du marché du luxe.

nique montre que, malgré l'importance croissante des plateformes tierces, le premier canal de distribution reste leurs boutiques en ligne. Ainsi, plus de 90 % d'entre eux utilisent leur propre point de vente en ligne pour faire du e-commerce, 31 % de ces détaillants vendent au moyen de leurs points de vente en ligne ainsi que sur des places de marché, tandis qu'à peine 4 % des détaillants vendent en ligne uniquement sur des places de marché<sup>35</sup>.

71. Prenant appui sur cette conclusion de l'enquête sectorielle<sup>36</sup>, la Cour en déduit que, même dans le cas où ils ne pourraient vendre de manière visible sur une place de marché, les distributeurs agréés ne seraient pas privés pour autant d'un accès absolu au commerce en ligne, puisqu'ils peuvent notamment vendre les produits contractuels par l'intermédiaire de leur propre boutique en ligne. La clause interdisant les ventes sur les places de marché est donc licite au regard de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

72. Cette analyse appelle toutefois plusieurs observations. Premièrement, cette solution doit être considérée comme provisoire, puisqu'elle repose sur la photographie d'un marché en pleine évolution, avec la montée en puissance du commerce en ligne. À cet égard, le rapport de la Commission montre que le recours aux places de marché s'est accru au fil du temps, rien ne semblant s'opposer à ce que cette tendance à la hausse se poursuive. De même, le rapport souligne que l'importance des places de marché apparaît très variable d'un État membre à l'autre : 62 % des détaillants ayant participé à l'enquête utilisent des places de marché en Allemagne, tandis que seulement 4 % d'entre eux ont indiqué y recourir en Belgique. Dans la même veine, l'enquête de la Commission constate que les places de marché sont un canal de vente plus important pour les petits et moyens détaillants, tandis qu'elles ont moins d'importance pour les grands détaillants.

73. Deuxièmement, et surtout, s'il est vrai que l'interdiction des ventes sur les places de marché ne vise qu'une partie du canal de distribution que représente internet, la solution de l'arrêt *Coty* conduit toutefois à limiter un segment de ce canal de distribution en ligne propice à une certaine concurrence par les prix.

74. En effet, la véritable question concurrentielle n'est pas tant de savoir si les distributeurs agréés peuvent opérer dans le e-commerce, sans avoir besoin d'aller sur les places de marché (vision en termes d'offre) ; elle est plutôt de déterminer si, pour les consommateurs (vision en termes de demande), les places de marché peuvent constituer un vecteur privilégié d'animation de la concurrence.

75. En l'espèce, nous avons souligné la grande diversité de canaux de vente, qui ne se résume pas à la (trop) simple dichotomie *online/offline* (tableau 4). On peut en effet distinguer pas moins de sept canaux<sup>37</sup> de distribution, même si les gammes de produits et leur profondeur diffèrent selon les canaux. Le premier canal de vente en termes de chiffre d'affaires reste le magasin physique, détenu en propre par la marque ou au travers d'un réseau de distributeurs agréés. On trouve également le site internet officiel de la marque (par exemple, LouisVuitton.com) qui représenterait, selon les estimations de BCG/Altagamma, un tiers des ventes *online* ; les sites internet des distributeurs agréés ; les sites multimarques de *pure players* du luxe (comme Yoox Net-à-porter), qui représenteraient un autre tiers des ventes en ligne<sup>38</sup> ; les sites de vente en ligne non spécialisés (comme Amazon), qui proposent en général un assortiment très réduit (pour l'essentiel quelques parfums et petits accessoires) et... les places de marché, qui permettent, à l'image d'Amazon Marketplace, à des distributeurs agréés de vendre au travers d'une boutique virtuelle. Les places de marché compteraient, selon BCG/Altagamma, pour 23 % des ventes en ligne.

35 Commission, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, COM (2017) 229 final.

36 CJUE, *Coty*, préc., § 54.

37 Nous n'évoquons pas ici les sites de revente de produits de luxe d'occasion ni même les sites de prêt de produits de luxe. Leur importance reste encore limitée, à l'exception du segment des montres de luxe d'occasion. Ainsi, un site comme Watchfinder a réalisé un chiffre d'affaires de 120 millions d'euros en 2017 et vient d'ailleurs d'être racheté en juin 2018 par un géant du luxe, le groupe Richemont, très présent sur ce segment (notamment avec des marques comme Cartier). De manière encore confidentielle, on voit se développer des sites de revente de produits de luxe autres que les montres (sacs, vêtements, joaillerie pour l'essentiel), à l'image du site français Instant Luxe, racheté par le groupe Galeries Lafayette en 2016.

38 Et même près de 40 % si l'on y inclut les sites "*off price*" (6 % des ventes en ligne), qui proposent des produits de luxe à des prix plus bas (à l'image de Yoox), notamment sur les fins de série.

**Tableau 4. Les différents canaux de distribution des produits de luxe à la personne**

Canal de distribution	Caractéristiques
Magasin physique détenu en propre par la marque	Lieu d'expérience ("mall" parfois) avec un large assortiment et une profondeur de gamme ; présence des modèles les plus luxueux
Magasin physique d'un distributeur agréé	Assortiment limité et faible profondeur de gamme ; concurrence intramarque et intermarques possible mais faible zone de chalandise (essentiellement locale ou touristique)
Site en ligne officiel de la marque	Profondeur de gamme (tailles, couleurs, etc.) par rapport au magasin physique mais assortiment plus limité, notamment sur les modèles les plus luxueux ; pas de concurrence intermarques ; pas de concurrence intramarque avec les magasins physiques (prix identiques)
Site internet d'un distributeur agréé	Duplication partielle ou totale de l'assortiment du magasin physique d'un distributeur agréé ; assortiment limité et faible profondeur de gamme ; concurrence intramarque possible mais faible visibilité du site sur internet
Site de vente en ligne multimarque, spécialisé sur le luxe	Assortiment limité par marque mais nombreuses marques sur le site ; vente de produits de la saison en cours mais également déstockage des produits des saisons précédentes (ex : Yoox) ; forte concurrence intermarques
Site de vente en ligne généraliste (Amazon)	Faible assortiment, limité pour l'essentiel à des accessoires et des parfums ; concurrence intermarques possible
Places de marché (Amazon Marketplace)	Duplication de l'assortiment du magasin physique d'un distributeur agréé ; assortiment limité et faible profondeur de gamme ; possibilité d'une concurrence intra- et intermarques

76. Parmi ces différents canaux de distribution *offline* et *online*, lesquels paraissent les mieux à même de stimuler la concurrence intramarque (principalement la concurrence par les prix) et intermarques ? En termes de concurrence intermarques, l'essor des sites de *pure players* permet aux clients de mieux comparer et arbitrer entre différents produits de luxe, alors que les ventes en ligne étaient restées jusqu'ici principalement centrées sur le site des marques (et de leurs distributeurs agréés). Si l'on raisonne en termes de concurrence intramarque, le principal vecteur d'animation de la concurrence pourrait également venir des sites *pure players* de luxe. Mais ils ont été récemment rachetés ou instaurés par des marques de luxe, ce qui pourrait limiter demain leur incitation à pratiquer des baisses de prix (tableau 5). De leur côté, les sites internet des distributeurs agréés peuvent constituer un vecteur de concurrence par les prix même s'ils bénéficient d'une faible visibilité directe sur internet (sauf s'ils optent pour un référencement payant).

**Tableau 5. Opérations récentes en Europe sur le e-commerce de produits de luxe**

Date de l'opération	Nature de l'opération	Objectif de l'opération
Mai 2017	Lancement de 24 Sèvres, site de marques de luxe, qui prolonge l'offre du magasin Le Bon Marché	Développer les synergies entre magasin physique et magasin <i>online</i> (notamment en termes de profondeur de gamme), sur de nombreuses marques (y compris concurrentes de celles du groupe LVMH)
Janvier 2018	Rachat de Yoox Net-à-porter, <i>pure player</i> multimarques du luxe à la personne, par le groupe Richemont	Développer les ventes internet sur un site multimarque (y compris marques concurrentes de Richemont)
Février 2018	Prise de participation minoritaire de Chanel dans Farfetch, <i>pure player</i> multimarque du luxe à la personne	Développer les ventes internet sur un site multimarque (y compris marques concurrentes de Chanel)
Juin 2018	Rachat par Richemont de Watchfinder, leader de la vente en ligne de montres d'occasion	Développer les synergies entre ventes de montres neuves et montres d'occasion

77. Ainsi, compte tenu des opérations récentes de rapprochement des sites multimarques de luxe, l'animation de la concurrence intramarque est plutôt à rechercher du côté des places de marché et des sites internet des détaillants agréés. Or, les places de marché présentent l'avantage d'une plus grande visibilité, en permettant aux détaillants d'aller au-delà de leur zone naturelle de chalandise, qui est très liée à la localisation physique de leur magasin. En permettant d'interdire les ventes sur les places de marché, l'arrêt *Coty* risque donc de fermer l'un des seuls canaux de distribution en ligne à même de favoriser une certaine concurrence par les prix.

78. Si l'on raisonne de manière prospective, quel rôle pourraient jouer demain les places de marché, sans que soit remis en cause le principe de la distribution sélective des produits de luxe ou de tout autre produit pour lequel il serait légitime de mettre en place un réseau de distribution sélective ?

79. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de revenir sur ce qui justifie, selon la Cour, qu'un fournisseur puisse interdire à ses distributeurs de vendre ses produits sur les places de marché dans l'affaire *Coty* : "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. En effet, le non-respect par un distributeur des conditions de qualité fixées par le fournisseur permet à celui-ci de se retourner contre ce distributeur, sur le fondement du lien contractuel existant entre ces deux parties. L'absence de relation contractuelle entre le fournisseur et les plateformes tierces fait toutefois obstacle à ce que celui-ci puisse, sur

un tel fondement, exiger de ces plateformes le respect des conditions de qualité qu'il a imposées à ses distributeurs agréés. Or, une vente en ligne de produits de luxe par des plateformes qui n'appartiennent pas au système de distribution sélective de ces produits, dans le cadre de laquelle le fournisseur n'a pas la possibilité de contrôler les conditions de vente de ses produits, comporte le risque d'une détérioration dans la présentation desdits produits sur Internet, qui est de nature à porter atteinte à leur image de luxe et, partant, à leur nature même<sup>39</sup>.

**80.** C'est bien dans le but de contrôler l'environnement qualitatif dans lequel les produits sont vendus que réside la justification de la restriction dans cette affaire. La commercialisation de produits distribués dans le cadre d'un réseau de distribution sélective sur une place de marché ne devrait donc pas être interdite dès lors que sont respectées des conditions de qualité similaires à celles imposées dans le cadre du réseau de distribution sélective.

**81.** Pour autant, la Cour de justice affirme que l'autorisation accordée à des distributeurs agréés de commercialiser les produits sur des places de marché "sous la condition que ces dernières répondent à des exigences de qualité prédéfinies" n'est pas aussi efficace que l'interdiction en cause<sup>40</sup>.

**82.** S'il est vrai qu'en pratique, dans la mesure où les places de marché jouent un simple rôle d'intermédiaire entre un vendeur et un acheteur sans intervenir directement dans la transaction, la question de l'étendue de leur responsabilité contractuelle ou délictuelle au titre des transactions passées via leur site se pose, la solution est-elle nécessairement d'interdire totalement les ventes sur les places de marché ? On voit certes difficilement comment le fournisseur pourrait leur imposer, au même titre qu'aux membres de son réseau de distribution sélective, le respect des règles relatives au maintien d'un environnement qualitatif (sauf à envisager la conclusion d'un contrat tripartite incluant le distributeur agréé et la place de marché ?). Ne pourrait-on pas cependant considérer que l'engagement du distributeur agréé de respecter les exigences de qualité pour toute forme de vente réalisée sur internet (sur son propre site mais également sur les places de marché) soit suffisant pour aboutir au résultat escompté ?

**83.** Dans ce sens, la Commission a d'ailleurs précisé dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales qu'"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"<sup>41</sup>.

**84.** Est-ce à dire pour autant que l'arrêt *Coty* ferme toute possibilité pour un distributeur agréé de faire valoir son droit de vendre sur une place de marché ? Sans doute pas. En effet, l'interdiction faite aux distributeurs porte uniquement sur les ventes opérées "de manière visible" et la Cour rappelle précisément que la clause litigieuse autorise les distributeurs agréés à vendre les produits en ligne par des places de marché non agréées "lorsque l'intervention de ces dernières n'est pas visible pour le consommateur"<sup>42</sup>.

**85.** Au demeurant, l'arrêt ne nous éclaire pas sur la signification exacte de l'expression "de façon visible" : s'agit-il de l'affichage du nom et/ou du logo de la place de marché sur la page internet ouverte par le consommateur<sup>43</sup> ? Cette expression vient-elle restreindre la portée de l'analyse de la Cour aux seules restrictions des ventes faites par l'intermédiaire d'une place de marché dans des conditions qui ne seraient pas de nature à assurer la préservation de l'image des produits concernés ou, en élargissant l'analyse à la dimension fonctionnelle du réseau, à assurer les services requis pour préserver la qualité et/ou le bon usage des produits concernés ?

**86.** Ainsi, la restriction des ventes d'un distributeur agréé par l'intermédiaire d'une place de marché qui n'afficherait pas son nom ou son logo sur la page sur laquelle les produits contractuels sont offerts à la vente ou qui présenterait à la vente les produits par l'intermédiaire d'une boutique virtuelle dédiée à ce distributeur, répondant à toutes les conditions de qualités imposées dans le cadre du réseau, pourrait être considérée comme non justifiée et non proportionnée à l'objectif poursuivi et donc, contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

**87.** En définitive, l'arrêt *Coty* ne signe pas l'arrêt de mort inconditionnel des places de marché pour la commercialisation de produits distribués dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, mais recentre la question sur la nécessité de conduire une analyse au cas par cas des conditions dans lesquelles ces dernières peuvent assurer une distribution des produits dans un environnement qui permet de préserver la qualité et/ou le bon usage des produits concernés.

39 CJUE, *Coty*, préc., §§ 47 à 49.

40 *Ibid.*, § 56.

41 Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C130/01, pt 54.

42 Cour de justice, *Coty*, préc., § 53.

43 Mais qu'en est-il de la mention du nom de la place de marché dans l'adresse URL menant à la page internet offrant les produits contractuels à la vente ? Il apparaît en effet techniquement difficile de faire disparaître le nom de domaine de la place de marché sur le chemin vers la page concernée. Outre ces aspects techniques, on peut d'ailleurs s'interroger sur l'intérêt pour le distributeur de se priver d'une URL plus connue que la sienne, lui offrant une plus grande visibilité.



## Conclusion

**88.** Après l'important arrêt *Pierre Fabre*, l'arrêt *Coty* vient, six ans plus tard, apporter une nouvelle pierre à l'édifice des règles encadrant la distribution sélective, dans le contexte d'un développement significatif des ventes sur internet et, plus récemment, des ventes par l'intermédiaire des places de marché.

**89.** Le premier mérite de cet arrêt réside dans le fait qu'il vient nous rappeler les étapes, quelque peu oubliées, d'examen de la légalité d'un réseau de distribution sélective au regard du droit des ententes, alors pourtant qu'elles avaient été clairement définies par une jurisprudence abondante mais sans doute devenue trop ancienne.

**90.** Par ailleurs, l'arrêt *Coty* doit être salué en ce qu'il met un terme aux nombreux débats suscités par l'arrêt *Pierre Fabre* pour le secteur du luxe, en levant l'ambiguïté du paragraphe 46 et en confirmant qu'il est bel et

bien possible de mettre en place un réseau de distribution sélective pour les produits de luxe. Au demeurant, l'analyse de la Cour de justice semble toujours fondée, dans le prolongement de la jurisprudence antérieure, sur une approche sectorielle de la distribution sélective qui nous paraît peu opérationnelle.

**91.** Enfin, si la Cour de justice adopte pour l'heure une position plutôt défavorable aux places de marché, elle n'exclut pas toute évolution en matière de distribution sélective, compte tenu des fortes mutations en cours du commerce en ligne dans les produits de luxe. Une telle évolution serait d'ailleurs souhaitable, car cette solution tend à limiter un mode de distribution sur internet qui est propice à une certaine concurrence par les prix, dans un contexte où les fournisseurs et leurs distributeurs devraient être en mesure de développer les outils nécessaires pour s'assurer que les produits sont commercialisés par les places de marché dans des conditions conformes aux exigences requises par le système de distribution sélective. ■

## Annexe

**Tableau 6. Indices d'une surperformance de l'Union européenne dans la production de biens de luxe**

Nature de l'indice et source	Objectif	Résultats
Classement Interbrand (2017) des 100 plus grandes marques mondiales	Classer les marques selon leur valeur de marque et chiffre d'affaires (indicateur composite), tous secteurs confondus	8 marques du luxe à la personne, dont 7 européennes : 5 françaises, 2 italiennes et 1 suisse
Classement Deloitte (2017) des 100 premiers groupes mondiaux de luxe (à la personne)	Classer les marques de luxe à la personne en fonction de leur chiffre d'affaires	71 entreprises européennes dont : 26 Italiennes, 10 suisses, 10 françaises et 10 anglaises  Sur les 20 entreprises qui connaissent la croissance la plus forte, 15 sont européennes (et notamment, Hermès)
Sondage BCG/Altgamma (2017) sur un panel de clients du luxe	Classement des pays en termes de renommée dans le luxe	L'Italie (29 %) et France (23 %), loin devant les États-Unis (12 %) et la Suisse (10 %)  Les États-Unis sont perçus comme un pays producteur de biens de luxe principalement par les Américains eux-mêmes, alors que les produits italiens bénéficient d'une renommée mondiale
Étude DG Trésor sur les flux de commerce "haut de gamme" (2013)	Identifier les principaux exportateurs de produits "haut de gamme" (périmètre plus large que le luxe) au cours de la période 2000-2011	L'Allemagne, l'Italie, la Suisse et la France représentent 64 % des exportations de biens haut de gamme ; les États-Unis 5 %  La France occupe la première place sur les vins et spiritueux haut de gamme (70 %), sur le segment des parfums et cosmétiques (35 %) et de la maroquinerie & chaussure (20 %)
Étude du CEPII sur le rôle de la qualité dans les exportations (2015)	Identifier les principaux secteurs dans lesquels les pays ont une compétitivité hors-prix	"Les trois secteurs français les plus compétitifs sur la dimension hors-prix sont : l'aéronautique, la maroquinerie et le vin. Pour le secteur de la maroquinerie, par exemple, les exportateurs français peuvent pratiquer des prix plus de sept fois supérieurs, tout en conservant la même part de marché qu'un pays doté d'une qualité située dans la moyenne des pays de l'OCDE"

# Bibliographie

- Altagamma, 2017 Market monitor, Milan, 47 p.
- Bain & Company, Luxury Goods Worldwide Market Study, 2017, 32 p.
- M. Blanchard, L'affaire *Coty*: Arrêt de principe ou arrêt d'étape?, *Concurrences* n° 2-2018, p.18.
- Bundeskartellamt, Asics dealers allowed to use price comparison engines – Federal Court of Justice confirms Bundeskartellamt's decision, press release, 25 January 2018.
- F. Buy et J.-C. Roda, Réseaux de distribution sélectifs vs plateformes en ligne : la Cour de justice a tranché!, *AJ Contrat*, janvier 2018, n° 1, p. 34.
- J. Catala Marty, Distribution sélective et interdiction de vendre aux market places : pas d'incompatibilité de principe, *RLC*, 2018, n° 68, pp. 18-20
- CEPII, La France en mal de qualité? , *La lettre du CEPII* n° 365, juillet 2015, 4 p.
- S. Cignal de Ugarte et G. De Stefano, Selective distribution, luxury goods and online platform restrictions – the aftermath of the *Coty* judgment, *Concurrences* n° 2-2018, p. 24.
- Commission européenne, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, 2017, 19 p.
- Deloitte, Global Powers of Luxury Goods 2018, 52 p.
- DG COMP, EU competition rules and marketplace bans : Where do we stand after the *Coty* judgment?, *Competition policy brief*, n° 2018-01.
- L. Eymard et G. Labate, The ECJ judgement in *Coty Germany*: An economic perspective, *Concurrences* n° 2-2018, p. 10.
- GCR, 25 January 2018, Despite *Coty*, Asics loses on price comparison ban.
- GCR, 8 February 2018, Post *Coty*, the controversy continues.
- GCR, 11 October 2017, Dutch court upholds Nike's selective distribution.
- C. Grimaldi, Distribution sélective et market place : il est permis d'interdire, *D.* 2018, p. 150.
- J. Harvey, Wile E. *Coty*: Frantically trying to catch the definition of "luxury", *Concurrences* n° 2-2018, p. 14.
- Interbrand, Best global brands 2017, 69 p.
- N. Jalabert-Doury, Arrêt *Coty* : La distribution sélective solidement ancrée dans le XXI<sup>e</sup> siècle, *Concurrences* n° 2-2018, p. 5.
- Ministère de l'Économie, Les biens haut de gamme, un avantage comparatif européen?, *Trésor-Éco* n° 118, septembre 2013, 8 p.
- OCDE, Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence – Note de référence, DAF/COMP(2018)3, 74 p.
- OCDE, Implication of E-commerce for Competition Policy – Note by Germany, DAF/COMP/WD(2018)57, 15 p.
- F. Viala, Distribution sélective et restriction à la vente en ligne sur les marketplaces : quel cadre juridique après *Coty*?, *Contrats, conc., consom.* 2018, n° 4, étude 5.