

COTY

Distribution Sélective

Note sur la révision du Règlement d'exemption vertical 330 / 2010

Introduction

La présente note a pour objectif de présenter la position de la société COTY sur :

- **La révision du règlement d'exemption vertical n° 330 / 2010** de la Commission européenne concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (« *Vertical Block Exemption Regulation* » - ci-après le « VBER »).
- **L'évolution souhaitée des dispositions de son contrat de distribution sélective** (ci-après le « CDS »), qui devra sans doute prendre en compte le développement du commerce digital¹.

Elle a pour ambition de poser les questions à traiter en se concentrant sur le droit positif, c'est-à-dire celui exprimé par les tribunaux, en prenant pour fondement les produits de cosmétique et parfums de luxe, qui sont le cœur des activités de COTY.

Il conviendra de retenir les éléments pertinents de l'analyse qui suit afin de développer dans les instances idoines la position de COTY, qui entend naturellement défendre et protéger le modèle commercial en vigueur et basé sur les réseaux de distribution sélective (ci-après le ou les « RDS »).

¹ L'arrêt Coty / Showroomprivé de la cour d'appel de Paris du 28 février 2018 présente des aspects très intéressants sur ce sujet.

I. Le système actuel de distribution sélective des cosmétiques et parfums

A) La distribution sélective, un modèle qui bénéficie au consommateur

Pour rappel, le système de distribution sélective propose un cadre juridique qui permet aux consommateurs d'acquérir des produits de qualité dans un environnement privilégié, préservant leur image de luxe et intégrant une dimension liée au rêve.

La perception du luxe, ainsi que l'image de prestige qui émanent de ces produits, sont des éléments essentiels pour les distinguer d'autres produits.

Ce sont les initiateurs des RDS eux-mêmes qui, par choix stratégique, ont souhaité positionner leurs produits sur un certain créneau, en développant une image « haut de gamme » au travers notamment d'un niveau de qualité élevé, ce qui suppose certains risques commerciaux : rien ne les oblige en effet à présenter une offre qu'eux-mêmes souhaitent voir considérée comme sélective, et rien ne les protège contre le choix des consommateurs de se diriger vers un produit moins qualitatif et donc en général moins onéreux.

Les consommateurs tirent des RDS des bénéfices concrets, tels que :

- **Conseils et orientations :**

La distribution sélective garantit aux consommateurs une expérience d'achat unique et cohérente avec les valeurs de la marque (contact personnalisé avec le client et accueil dans un lieu d'exception par exemple), et les associe à l'image du créateur, à son « aura » et à celle des produits. Au plus près du client, c'est l'espace de vente qui « met en scène » la marque, son offre et personnalise les services et « l'expérience client » à la hauteur de ce qu'il est en droit d'attendre.

- **Garantie d'origine et qualité du produit :**

Les produits sont vendus par le biais de distributeurs agréés. Il est ainsi garanti au consommateur non seulement que ces produits sont originaux, mais également qu'ils possèdent des qualités de persistance et qu'ils sont composés de matières de qualité.

B) Le respect de critères stricts

Bien qu'il existe un certain nombre d'exigences à l'entrée dans le réseau, inhérentes à la volonté d'en développer la qualité, celles-ci ne sont pas insurmontables.

Sur ce point, si l'Autorité de la concurrence note que les distributeurs de parfums et cosmétiques de luxe rencontrent des barrières supplémentaires imposées par leurs fournisseurs, ces dernières apparaissent incontournables afin de garantir la qualité du réseau. Ainsi, ils doivent pouvoir répondre à des critères qualitatifs de présentation, réaliser un chiffre d'affaires minimum ou encore disposer d'un personnel formé aux produits².

² Décision n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation, point 72 : « 72. Outre les barrières à l'entrée généralement attachées à l'exploitation du commerce de détail, à savoir le coût des loyers, la réglementation en matière de contrat de location ou la notoriété de l'enseigne, les distributeurs de parfums et cosmétiques de luxe font face à une barrière supplémentaire, imposée par les fabricants. Chaque point de vente physique vendant des produits de cosmétiques et de parfums de luxe doit en effet au préalable être agréé par le fournisseur concerné. Cet agrément est subordonné au respect d'un certain nombre de critères exigés par le fournisseur. Ainsi,

De plus, avant de pouvoir déposer une demande d'agrément auprès du fournisseur, les distributeurs doivent pouvoir démontrer qu'ils ont achevé les travaux nécessaires répondant aux critères qualitatifs du fournisseur - le processus d'agrément pouvant ensuite prendre plusieurs mois.³

COTY fait certainement partie des acteurs qui ont développé un processus de validation exigeant, mais nécessaire à la préservation de la qualité de son réseau, étant précisé que personne n'est exclu du RDS *a priori*, puisqu'il est possible d'ouvrir un magasin physique avec un montant d'investissement raisonnable. L'Autorité de la Concurrence a d'ailleurs très récemment rappelé qu'un refus d'agrément au sein d'un réseau de distribution, basé sur des critères exclusivement qualitatifs, pouvait être parfaitement justifié⁴.

Les critères du RDS de COTY sont indispensables pour traduire la volonté de COTY de commercialiser des produits d'exception au sein d'un réseau de qualité.

Le contrat de distribution sélective exige notamment :

- Présence d'autres marques concurrentes pour chaque segment, ou, pour les détaillants ne disposant pas d'un point de vente physique, existence d'une autorisation officielle de distribuer des produits du donneur de licence de COTY ;
- Présentation d'un certain pourcentage (%) de la gamme permanente de produits proposés par COTY pour chaque marque, sauf exigences particulières liées au segment auquel la marque appartient ;
- S'assurer à tout moment qu'un certain pourcentage (%) des produits offerts à la vente sont bien en stock dans chacun des points de vente.

par exemple, le point de vente physique doit correspondre aux critères qualitatifs de présentation définis par les fournisseurs (environnement, état intérieur et extérieur, installation du point de vente, etc.). Le point de vente physique doit réaliser un chiffre d'affaires minimum annuel défini par le fournisseur et il doit proposer un assortiment de produits minimum. La présence d'un conseil professionnel spécialisé est en outre généralement requise (...). »

³ Décision n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation, point 74 : « 74. Par ailleurs, comme le précisent les lignes directrices, l'évaluation des barrières à l'entrée consiste à s'assurer que les entrées sur le marché sont « possibles dans des délais et sur une échelle suffisante pour exercer une contrainte réelle (...). Or, en matière de délais, l'agrément des points de vente par les fabricants de parfums et cosmétiques de luxe constitue un frein important à l'entrée sur ce marché. En effet, les travaux doivent être achevés afin de pouvoir demander cet agrément. Le processus d'agrément prend ensuite généralement plusieurs mois. Certains contrats de distribution sélective imposent même un délai incompressible de plusieurs mois, à compter de la date de réception de la demande d'agrément, avant d'accorder ou de refuser l'agrément. Ainsi, l'ouverture d'une parfumerie sélective nécessite des délais relativement longs avant de pouvoir être effective. ».

⁴ Décision n° 19-D-08 du 9 mai 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'entretien et de la réparation automobile.

Critères des locaux :

- Être conformes à l'image de luxe des marques (intérieur, extérieur, éclairage, etc.), pour refléter le prestige des produits ;
- Ne pas offrir à la vente des produits comportant des étiquettes de prix surdimensionnées et/ou fluorescentes ;
- Selon le segment auquel chaque marque appartient, comporter des étagères dotées d'outils tels que : présentoir pour le testeur, réglettes avec logo, caisson lumineux, etc.

La **qualité du service client** est essentielle, et doit être « conforme à l'image de luxe attachée aux produits », selon les termes du CDS de COTY, grâce au respect d'un ou plusieurs des critères suivants, qui peuvent être différents selon les sites concernés :

En "physique"

- possibilité de contacter le vendeur,
- conseils personnalisés sur les produits,
- personnel de vente qualifié,
- politique très souple de retours, etc.

En ligne

- assistance accessible par voie électronique avec un numéro de téléphone dédié au service client,
- obligation de répondre à tous les e-mails des clients dans un délai court,
- mise en place d'un système de paiement sécurisé,
- emballage extérieur qui préserve la présentation de luxe des produits tout au long de la livraison, etc.

C) Les RDS permettent le développement d'une offre très diversifiée et concurrentielle

Certes, ce système de distribution permet au fabricant qui le met en place de voir ses produits distribués uniquement par des distributeurs satisfaisant un certain nombre de critères, afin de développer les contacts avec sa clientèle en créant et en renforçant son image de marque.

Pour autant, il ne restreint pas une concurrence exacerbée sur le marché global des cosmétiques et parfums, toujours plus dynamique et croissant.

Le marché des cosmétiques et des parfums en Europe (et plus spécialement en France) est en effet un secteur où la **concurrence dite « inter marques » est très importante**, le consommateur pouvant choisir parmi des offres nombreuses de produits concurrents et substituables.

Ceci est d'autant plus vrai que, selon l'Autorité de la concurrence, le marché à considérer ne doit pas être segmenté entre produits pour hommes ou femmes, ni même selon les

catégories parfums, soins et cosmétiques⁵; le marché de produits à prendre en considération est donc un **marché global, tous produits confondus (parfums, soins, maquillage, etc.)**.

Au sein de ce marché, certains produits sont distribués selon le modèle de la distribution sélective, qui représente en Europe environ 15 000 portes (ou points de vente) et en France environ 2200.

A ce sujet, l'Avocat Général Wahl sous l'arrêt Coty/Akzente a considéré que « (...) *les systèmes de distribution sélective favorisent et protègent le développement de l'image de marque et constituent un facteur de stimulation de la concurrence entre fournisseurs de produits de marque (...), en ce qu'ils permettent aux fabricants d'organiser efficacement la distribution de leurs produits et de satisfaire les consommateurs* »⁶.

Il convient donc de garder à l'esprit que la question des atteintes éventuelles à la concurrence du point de vue du consommateur doit toujours être analysée en parallèle de la notion de substituabilité des nombreux produits commercialisés et de la concurrence inter marques.

Au sein même de la distribution sélective, les fabricants sont en effet en très forte concurrence entre eux auprès de leurs distributeurs avec une offre extrêmement variée. A leur tour, les distributeurs développent une **concurrence dite « intra marques »** entre les différents produits d'un même fabricant, à la fois sur les prix et les services, en fonction de la demande des consommateurs et du succès des produits.

Or, les problèmes de concurrence sur la zone de chalandise sont très limités, voire inexistants, puisque tous les magasins, quelles que soient les chaînes, proposent à la vente toutes les marques des fournisseurs, ou à tout le moins les plus importantes.

Finalement, le consommateur a le choix de se diriger vers un réseau « *mass market* », en privilégiant une grande diversité de produits, de marques ou de prix ; ou bien de choisir ses produits dans un RDS, lui offrant également un large éventail qualitatif et favorisant l'image de marque, dans le cadre d'une concurrence inter marques et intra marques élevées.

- C'est dans cette optique que les RDS participent aussi à **assurer le libre-choix des consommateurs**.
- La distribution sélective est un modèle totalement légitime, consacré par la CJUE⁷, qui permet une **offre riche, différente et hautement qualitative**, basée sur le luxe, le rêve, la confiance, le service, le conseil, etc., critères qui sont eux-mêmes des **paramètres de concurrence clef**.
- Il est **essentiel de la protéger et de bien la définir**.

⁵ Décision n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation, Point 13 et suivants.

⁶ CJUE, aff. C-230/16, 6 déc. 2017, Coty GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH - Conclusions de l'Avocat Général Wahl.

⁷ CJUE, aff. C-230/16, 6 déc. 2017, Coty GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH.

II. La distribution sélective est prête à évoluer, mais dans un environnement maîtrisé

A) Des contraintes incompressibles pèsent sur l'indispensable maintien des magasins « physiques »

L'organisation d'un réseau implique plusieurs contraintes :

- nécessaire organisation de la force de vente,
- charges administratives et logistiques,
- attaques de la grande distribution et des pure-players,
- difficulté de recrutement des distributeurs,
- contraintes légales,
- investissements immobiliers souvent conséquents dans des zones privilégiées,
- décoration des magasins,
- obligation de présenter des testeurs et des échantillons, de développer des campagnes de publicité souvent plus chères que celles sur Internet, etc.,

et ce alors même que les **consommateurs utilisent souvent les magasins physiques pour tester des produits qu'ils achètent ensuite sur Internet à un prix souvent inférieur et n'offrant pas le même niveau de services (parasitisme ou *free riding*), sans même être certains de ne pas acquérir un produit contrefait.**

La cour d'appel de Paris (arrêt Showroomprivé)⁸ a résumé la question comme suit :

« Les détaillants agréés, de par leurs investissements, participent à la promotion et au rayonnement de la marque et du réseau, investissements qu'un opérateur « pure player » ne serait pas amené à supporter s'il était admis dans le réseau, et dont il pourrait néanmoins profiter. Il en résulterait la déstabilisation du modèle économique du secteur et dès lors, des impacts en termes économique, d'image et d'emploi. (...) Dès lors, la distribution dans les magasins physiques et la distribution par les sites internet apparaissent toujours plus complémentaires que substituables⁹ (...) de sorte qu'autoriser les pure players à vendre les produits Coty risquerait toujours de décourager les investissements réalisés par les distributeurs dans l'aménagement de leurs magasins et la qualité des services rendus aux consommateurs, nécessaires à la préservation de l'image haut de gamme ou de luxe des produits¹⁰. (...) Il n'est d'autre part pas démontré que l'ouverture d'un magasin physique serait particulièrement longue, coûteuse ou incertaine, et serait hors d'atteinte pour les pure players tels que Showroomprive. »

Dans les Lignes Directrices, la Commission européenne rappelle (point 54) que :

⁸ Cour d'appel de Paris, 28 février 2018, Coty / Showroomprivé.

⁹ Cette analyse confirme la position de l'Autorité de la concurrence dans sa décision précitée n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014 (point 18) : « Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les différences importantes entre la distribution en ligne et la distribution en magasin rendent ces canaux de distribution encore imparfaitement substituables du point de vue du consommateur. »

¹⁰ La volonté de protéger les investissements faits « en dur » par les distributeurs agréés est très importante dans le raisonnement de la cour d'appel. Elle pourrait sans doute justifier une différenciation des conditions commerciales, entre les pure-players et les distributeurs investissant dans un magasin physique.

« L'exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, **d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques**, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution. (...) ».

Le Conseil de la concurrence puis l'Autorité de la concurrence ont fait de même^{11,12}.

COTY souhaite pouvoir faire évoluer son contrat, notamment en permettant de :

- structurer les **conditions commerciales** en tenant compte des spécificités des acheteurs (pure players, marketplaces, points de vente physiques...).

Il est certain que les conditions commerciales octroyées aux **revendeurs en ligne** doivent être structurées différemment de celles accordées à celui qui investit dans un ou plusieurs magasins physiques et **tenir compte des conditions de vente en ligne** (ex: contrepartie commerciale pour avoir une représentation qualitative des marques sur les pages e-commerce - plusieurs visuels, information, tutoriels - ; conditions logistiques adaptées au modèle en ligne etc...);

- **n'imposer l'ouverture que d'un seul magasin physique au minimum pour toute l'EEE**, soit n'en imposer qu'un seul au minimum **par pays**, et ce en fonction des cas particuliers et/ou des différences régionales.

B) Le développement d'un réseau de revendeurs en ligne (« pure-players » et plateformes tierces) dans des conditions maîtrisées est souhaité

COTY constate que l'évolution des formes de vente et du commerce ne pourra sans doute pas permettre d'exclure les pure-players ou les plateforme-tierces¹³.

Coty ne milite pas pour le bannissement des plateformes tierces, comme il a pu être interprété dans le prolongement de l'affaire Akzente/Coty¹⁴, où la clause litigieuse est rédigée comme suit : « *Le dépositaire n'est pas autorisé à utiliser un autre nom ou à faire appel à une entreprise tierce qui n'a pas été agréée* ».

¹¹ Conseil de la concurrence, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007, Point 91: « Réserver la vente par Internet aux distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique permet d'éviter le parasitisme qui risquerait de s'exercer de la part des « pure-players » Internet, à l'égard des distributeurs physiques auxquels de nombreux coûts sont imposés ».

¹² Autorité de la concurrence, Avis n°12-A-20 du 18 décembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

¹³ L'autorité de contrôle des cartels allemande va dans le même sens : selon elle, l'exclusion des plateformes tierces est illégale dès lors que leur part de marché est importante.

¹⁴ CJUE, aff. C-230/16, 6 déc. 2017, Coty GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH, Point 14, qui reprend l'avenant Internet de COTY, article 1^{er}, § 3.

- COTY souhaite simplement imposer une **obligation de transparence** aux plateformes tierces (de manière à ce qu'aucune entité non agréée par le fabricant ne puisse vendre sur ladite plateforme), sans laquelle aucun système de distribution sélective n'est possible.
- COTY reconnaît que ces **plateformes peuvent jouer un rôle important** et qu'elles peuvent être, sous certaines conditions, intégrées dans le système de distribution sélective mis en place.
- Cela supposerait qu'elles acceptent de respecter des **critères adaptés à la vente en ligne qui seraient édictés par COTY**, afin de lui laisser la maîtrise de la façon dont ses produits sont distribués et d'en protéger l'image de luxe.

Pour rappel, la CJUE a considéré que :

« l'interdiction faite par un fournisseur de produits de luxe à ses distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet de ces produits, est appropriée pour préserver l'image de luxe desdits produits »¹⁵.

Qu'ils soient des revendeurs en ligne indépendants, ou de simples plates-formes de mise en relation (type « Amazon »), le modèle de la revente en ligne est différent mais complémentaire à la distribution sélective traditionnelle.

COTY constate en réalité que ces deux modèles convergent de plus en plus pour une **expérience clients omnicanal** (exs : Sephora offre la possibilité d'achat en ligne tout en récupérant le produit en magasin ; T-Mall a ouvert plus de 2000 magasins physiques ces dernières années ; rachat de Wholefoods par Amazon ; rachat de Jet.com par Walmart etc.).

« L'omni-canalité » devrait donc, à terme, permettre une concurrence plus forte et proposer un meilleur choix au consommateur.

Le « business model » des plateformes de revente en ligne repose cependant principalement sur le « **paramètre prix** », **l'éventail de produits, ainsi que leur accessibilité (24/24, 7 jours sur 7)**.

Les critères fondamentaux que sont la **qualité de représentation des marques, le conseil ou l'accompagnement à l'achat**, sont en revanche rarement proposés sur ces plateformes.

L'acceptation des pure-players et plateformes tierces dans un RDS impliquerait donc la refonte de certains critères, ou bien que des critères de qualité supplémentaires adaptés à ce nouveau canal soient respectés, puisque « l'expérience client » passe encore surtout par un contact physique.

¹⁵ CJUE, aff. C-230/16, 6 déc. 2017, Coty GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH.

L'idée serait, au travers de critères spécifiques applicables aux revendeurs en ligne, de **recréer en ligne**, autant que faire se peut, **l'expérience du magasin physique**, avec, par exemple :

- Présence de contenu qualitatif (conseils, vidéos, tutoriels...) sur l'ensemble des pages produits, conforme à l'image de luxe,
- Section séparée pour les produits de beauté, ou même site internet dédié,
- Présence d'un service client dédié 24/7 en ligne, composé de personnel qualifié,
- Service de Livechat en ligne,
- Obligation de répondre à toute demande par email en moins de 24 heures,
- Possibilité de livrer dans un point physique,
- Emballage sans étiquettes prix fluorescentes, etc.

C) Une lutte nécessaire contre les revendeurs non autorisés ou « grey market »

La distribution sélective présente l'énorme avantage de permettre aux fabricants de reconnaître qui appartient au réseau, et donc d'identifier immédiatement les produits qui sont, soit contrefaits, soit vendus par des revendeurs qui n'en n'ont pas acquis le droit. Ce faisant, ces derniers causent un important préjudice à ceux qui, justement, ont consenti les efforts financiers et d'organisation pour respecter les règles du réseau.

La France peut lutter depuis longtemps contre ces phénomènes, grâce à des outils juridiques adaptés ; ainsi, selon l'article L.442-6 I 6° du code de commerce (aujourd'hui numéroté **L.442-2** à la suite d'une ordonnance très récente du 24 avril 2019), « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution* ».

C'est notamment sur ce fondement que COTY a pu obtenir les décisions Showroomprivé et PC Kado¹⁶ rendues par la cour d'appel de Paris.

Il serait **utile que ce même type d'arme juridique soit étendu au niveau européen, afin de permettre aux fabricants de renforcer et défendre leurs réseaux de distribution sélective.**

¹⁶ Cour d'appel de Paris, 3 avril 2019

III. Les problématiques juridiques

COTY articule les propositions juridiques suivantes dans le cadre de la révision du règlement d'exemption.

A) Codification de la jurisprudence européenne dans le VBER

Il s'agirait ici de préciser les apports des jurisprudences METRO¹⁷ et des décisions subséquentes¹⁸, en décidant qu'un accord vertical est valable s'il répond aux conditions édictées par ces décisions, et s'il ne comporte pas les restrictions caractérisées qui pourraient être clairement énumérées au sein du VBER dans sa nouvelle version.

Pour rappel, le VBER s'applique en théorie par défaut, uniquement si un accord vertical tombe sous le coup de l'article 101§1 TFUE. Il serait donc certainement plus rassurant de réaffirmer (en inscrivant ce principe au sein d'un document idoine) que les CDS ne violent pas l'article 101§1 si les quatre conditions de l'arrêt « METRO sont remplies - et à condition de ne pas comporter de restrictions caractérisées.

Dans ce contexte, il serait bon de préciser ce que signifie, à l'article 4 b) iii) du VBER, la notion de « *territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* » : le monde entier¹⁹, l'EEE, un seul pays ?

En effet, la cour d'appel de Paris, dans les décisions Coty / Marvalle et Coty / Brandalley de mai et juin 2016, a posé la question mais sans apporter de réponse... Il est donc important de savoir si un réseau de distribution sélective peut être valable dans un seul pays de l'EEE, sans préjudice d'organiser dans un autre pays de l'EEE la distribution sous une autre forme de commercialisation (exclusive, franchise, voire même aucune condition particulière, du fait des habitudes locales de consommation).

¹⁷ Arrêt Métro du 25 octobre 1977.

¹⁸ CJUE, aff. C-230/16, 6 déc. 2017, Coty GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH et Cour d'appel de Paris, 28 février 2018, Coty / Showroomprivé.

¹⁹ Ce qu'avait semblé juger la cour d'appel de Paris en 2016, selon certains commentateurs.

COTY ambitionne que la Commission :

- **codifie la jurisprudence CJUE Akzente/Coty** en prévoyant que l'interdiction absolue de recourir de façon visible à des marketplaces tierces ne constitue pas une restriction caractérisée ;
- précise dans le VBER que la distribution sélective peut concerner **d'autres produits que des produits de luxe**, en donnant une définition de ceux qui pourraient être concernés²⁰ ;
- précise si « *le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* » (article 4.b iii du Règlement) vise forcément toute l'EEE ou bien peut n'être qu'un seul pays de l'EEE (ce qui permettrait **à l'initiateur d'un réseau de commercialiser ses produits comme bon lui semble et** différemment selon les pays (distribution sélective en France, distribution exclusive en Allemagne, franchise en Espagne, etc.), afin de pouvoir répondre aux particularités locales.

B) Clarification nécessaire de la méthode d'analyse entre l'article 101(1) TFUE et le VBER

La méthode d'analyse gagnerait à être précisée, en indiquant de quelle manière exactement les juges doivent procéder à l'analyse des effets d'un contrat sur la concurrence.

Un des problèmes pratiques rencontré est que des tribunaux français, par exemple, n'appliquent pas toujours les textes communautaires dans le même ordre : article 101(1) TFUE puis éventuellement le VBER, ou bien le seul VBER ²¹?

L'article 101(1) TFUE pose en principe l'interdiction des accords qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence. L'article 101(3) TFUE stipule que les dispositions du §1 peuvent être déclarées inapplicables « *à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises* ».

C'est sur le fondement de ce §3 que le VBER a considéré que certains accords verticaux (dont font partie les CDS) devaient être exemptés [de l'application de l'article 101(1)], mais seulement pour autant qu'ils ne contiennent pas de « restrictions caractérisées » de concurrence (« *hardcore restrictions* »).

Mais les textes européens manquent de clarté sur deux aspects au moins :

- Selon l'article 2 du VBER:

²⁰ La DG Concurrence (communication d'avril 2018 à la suite de l'arrêt CJUE Coty / Akzente a indiqué que les critères retenus pourraient ne pas concerner que les réseaux de produits de luxes, mais tous les réseaux de vente de produits pour lesquels des conditions particulières de commercialisation ont été souhaitées et fixées par leurs instigateurs.

²¹ Cour d'appel de Paris, arrêts Marvalle et Brandalley, mai et juin 2016.

« Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux ».

Ainsi, si l'article 101§1 est inapplicable aux accords verticaux, pourquoi la CJUE et les cours françaises (Cour d'appel de Paris et Cour de Cassation) indiquent-elles que l'analyse d'un contrat doit d'abord se faire sur le fondement de 101§1 (contrôle de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel), et seulement ensuite à la lumière du VBER ?²²

- Comme indiqué ci-dessus, l'article 101§1 vise les restrictions « par objet » ou « par effet » que peut présenter un accord vertical :

Les juges (cf. ci-dessus) vérifient donc d'abord si un accord vertical contient des clauses qui, par objet, portent atteinte à la concurrence.

Si tel devait être le cas, l'accord doit ensuite être analysé à la lumière du VBER - en vue d'une exemption éventuelle - qui mentionne (article 4, 4^{ème} ligne) les clauses interdites (les fameuses « restrictions caractérisées »), c'est-à-dire qui « ont pour objet » diverses restrictions de concurrence énumérées les unes après les autres (points a) à e) de l'article 4).

Il serait donc important de regrouper en un même lieu (article 101(1) ou VBER) toutes les clauses qui concernent les restrictions de concurrence « par objet ».

C) Evolution de l'article 4. c) du VBER

Cet article permet de sanctionner comme restrictions de ventes **actives** aux utilisateurs finals les clauses qui imposent des obligations particulières en matière de publicité (notamment dans un environnement virtuel), qui sont habituelles dans les CDS (charte graphique, codes couleurs, interdiction de faire de la publicité sur le site pour d'autres produits que les produits de luxe, etc.).

Ces restrictions en matière de publicité sont bien des critères qualitatifs au sens de l'arrêt METRO, mais elles tombent aussi sous le coup de l'article 4, c) du VBER car elles restreignent les ventes **actives** aux utilisateurs finals, et pourraient donc être qualifiées de restrictions caractérisées.

²² CJUE, aff. C-230/16, 6 déc. 2017, Coty GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH, Considérant 59 : « 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. ».

CCass, 16 mai 2018, arrêts MARVALE et BRANDALLEY : « Attendu (...) que l'arrêt retient que trois clauses contractuelles constituent des restrictions caractérisées au sens du VBER (...) et en déduit que l'existence de ces clauses « noires » dans le contrat de distribution sélective exclut tout caractère licite du réseau. Qu'en statuant ainsi, alors 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, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

COTY souhaite donc que l'article visé soit limité aux ventes passives, pour permettre d'imposer des critères qualitatifs forts dans le cadre de ses ventes en ligne sans crainte de tomber sous l'interdiction du 4, c) VBER.

Conclusion

COTY est d'avis que chaque fabricant ou fournisseur doit pouvoir distribuer ses produits selon les critères qui lui paraissent le mieux adaptés, et avoir notamment la possibilité d'en renforcer les éléments de sélectivité.

L'avenir des réseaux de distribution sélective étant lié à des considérations économiques et juridiques décidées au niveau européen, COTY défend en tout état de cause, et quel que soit le cadre juridique finalement retenu, le **principe d'une saine concurrence**, basée sur les axes principaux suivants :

- La possibilité d'imposer le **respect de critères de distribution objectifs**, que ce soit en point de vente physique ou en ligne (cf. jurisprudence METRO) ;
- La possibilité de **refuser de vendre** (ou de refuser un agrément) à tout distributeur qui ne respecterait pas les critères posés ;
- La **fixation libre des conditions commerciales**, comme cela est autorisé en droit commun français selon un **principe de liberté contractuelle** consacré, tout en étant à même de tenir compte **des canaux de distribution**, des situations particulières des clients (volumes de chiffres d'affaires, situation géographique, intensité de la concurrence dans un lieu donné, etc.), des conditions de marché, etc. – car COTY pense que, sur un marché très atomisé du côté de l'offre, le libre jeu de la concurrence face à des distributeurs très importants, interdira de facto tout positionnement extrême (comme des conditions de commercialisation trop strictes, des prix de vente aux distributeurs trop élevés, etc.).
