

Objet : contribution de François Ponthieu, avocat, sur la révision du règlement d'exemption vertical 330 / 2010  
Le 27 mai 2019

\*\*\*

La présente note a pour objectif d'apporter des éléments de réflexion dans le cadre de la révision du règlement d'exemption vertical n° 330 / 2010 de la Commission concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées - en anglais « *Vertical Bloc Exemption Regulation* » (ci-après le « VBER »),

Elle n'a pas d'autre ambition que de préciser certains éléments de réflexion en se concentrant sur le droit positif, c'est-à-dire celui exprimé par les tribunaux (notamment français) à l'occasion de différents dossiers ayant eu à traiter de la distribution sélective.

Pour les intervenants (fabricants, distributeurs, juristes, etc.) sur un marché donné (qu'il concerne d'ailleurs ou pas des produits de luxe), il est important d'avoir un certain niveau de sécurité juridique, c'est-à-dire de savoir ce qui est autorisé ou non. Le soussigné est d'avis que les réseaux de distribution sélective (ci-après le ou les « RDS ») doivent être à l'évidence protégés (car un fabricant doit pouvoir distribuer ses produits de la façon qu'il souhaite, quitte à être désavoué par le marché et disparaître) ; mais les solutions retenues doivent être claires et compréhensibles.

\*\*\*

## I. Les marchés concernés par les RDS sont très concurrentiels

La concurrence intermarques y est très importante, le consommateur pouvant choisir parmi des offres nombreuses de produits concurrents et substituables (exemple : secteur des cosmétiques et des parfums ; secteur des chaînes hi-fi).

Le fabricant qui choisit de distribuer ses produits sous forme de RDS souhaite avant tout donner aux consommateurs des conseils et des orientations d'achats, pour l'obtention d'un produit de qualité.

Ce système donne au consommateur le sentiment qu'il acquière un produit de luxe dans un endroit privilégié ; ce sont les initiateurs des RDS eux-mêmes qui ont souhaité positionner leurs produits sur un certain créneau, en développant une image « haut de gamme », et **en prenant les risques commerciaux qui y sont associés** (rien ne les oblige en effet à présenter une offre qu'eux-mêmes souhaitent voir considérée comme rare).

Dans certains secteurs, le souci pour la concurrence viendrait plutôt d'une concentration des acheteurs. Par exemple, le mode de distribution sur le marché des parfums et cosmétiques de luxe est assez concentré au plan national : Sephora est leader avec environ [30-40] % de part de marché, puis Douglas/Nocibé [20-30] %, puis Marionnaud avec une part de marché proche de celle de Douglas et Nocibé ([20-30] %).

Les distributeurs y ont un poids de négociation très important, notamment les plus grands . La réalité du marché implique que les prix offerts aux consommateurs seront d'autant plus réduits que

l'acheteur a un poids de négociation élevé, du fait de sa taille. L'avenir des parfumeries indépendantes est donc très incertain, sauf à être membres d'un système de coopérative d'achats<sup>1</sup>, ce qui représente à terme une menace réelle sur la concurrence.

Une attention toute particulière doit donc être portée à la limitation de la puissance de négociation des distributeurs, qui pourrait se traduire par un strict respect des conditions de seuils de parts de marchés édictées au VBER, voire même par leur diminution. Cette remarque ne vaut sans doute qu'en ce qui concerne les distributeurs, car il est un fait que le marché de l'offre est beaucoup plus atomisé, ce qui interdit les pressions à la hausse des prix de la part d'un seul acteur « amont », dans un marché où l'offre de produits substituables est abondante.

Tous les fournisseurs qui organisent les RDS ont les mêmes distributeurs, dans la grande majorité des cas (sauf dans le cas des chaînes verticales intégrées ; pour exemple en parfumerie, Yves Rocher).

La différence est donc patente avec l'organisation des réseaux de distribution automobile, où l'offre est beaucoup moins importante et où la disparition d'un seul acteur bouleverserait l'économie du marché.

Les dispositions juridiques à venir devraient donc dans l'idéal permettre le développement de l'offre de distribution d'acteurs de taille plus réduite (en autorisant une discrimination positive par les prix, en limitant au VBER les seuils de parts de marché des distributeurs, en modifiant les critères de distribution sélective – par exemple, en adoucissant pour les petits distributeurs les obligations en matière de détention de la gamme permanente -, etc.).

Il convient ainsi 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 ; les fabricants sont en effet en très forte concurrence entre eux auprès de leurs distributeurs, d'autant qu'ils présentent tous à la vente de très nombreux produits, qui peuvent être considérés comme interchangeables. Les distributeurs en arrivent même, dans les faits, à développer une concurrence entre les différents produits d'un même fabricant, en fonction de la demande des consommateurs et des 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 du moins celles qui leur apparaissent comme étant les plus importantes.

Une attention particulière pourrait donc être portée au VBER (par le respect très strict des seuils de parts de marché et/ou par leur diminution) à la limitation de la puissance de certains acheteurs, qui pourraient à terme :

- raréfier l'offre en imposant leurs propres marques,
- exercer un effet sur les prix par la limitation de la concurrence dans une zone de chalandise déterminée.

Une concurrence saine implique en effet l'existence d'acheteurs et de vendeurs multiples, ce à quoi le VBER devrait s'attacher.

---

<sup>1</sup> Point 60 de la décision Nocibé / Advent : « Les parfumeries indépendantes ne pouvant se prévaloir de la notoriété d'une enseigne nationale et ne bénéficiant pas des mêmes conditions d'achat que les enseignes nationales en raison du moindre volume d'achats, elles ne peuvent exercer qu'une pression concurrentielle limitée sur les réseaux de distribution nationaux »

Si les RDS sont confirmés, ils doivent pouvoir être protégés, car c'est l'intérêt de nombreux acteurs.

L'intérêt du fabricant : ce système de distribution permet au fabricant qui le souhaite de voir ses produits distribués par des distributeurs compétents, de développer les contacts avec sa clientèle, de créer et renforcer son image de marque.

Mais il implique en parallèle de nombreuses contraintes : nécessaire organisation de la force de vente, nombreuses 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 (secteur des cosmétiques), de développer des campagnes de publicité souvent plus chères que celles sur Internet, etc., alors même que les consommateurs utilisent souvent les magasins physiques pour tester des produits qu'ils achètent ensuite sur Internet au meilleur prix, sans même être certains de ne pas acquérir un produit contrefait.

Au plan politique, le risque est la fermeture de magasins physiques et « l'Amazonisation » de la société (cf. centres de certaines villes qui se désertifient), avec en filigrane une question quasiment « géopolitique » : pourquoi nourrir les multinationales étrangères au détriment du petit commerçant ? (mais il est vrai que la révolte des tisserands lyonnais n'avait pas empêché la société française d'évoluer vers plus d'industrialisation).

L'intérêt des consommateurs : ils tirent des RDS des bénéfices de divers ordres : certitude d'acheter un produit de qualité (et non contrefait) avec une forte image qui répond à un achat « d'envie » et pas de nécessité. Ce type d'achat permet aussi de faire des cadeaux qui ont un certain prix, tout en mettant en valeur la personnalité de la personne qui offre ou qui reçoit. Dans certains secteurs (matériel technique), l'acheteur se voit offrir un conseil personnalisé qui l'orient vers le meilleur achat et lui apprend à se servir du produit.

## **II. Les problématiques juridiques**

1. Une nécessaire clarification de la méthode d'analyse et d'application du VBER : articulation entre l'article 101(1) TFUE et le Règlement 330/2010.

Le problème pratique rencontré est que les tribunaux (y compris la cour d'appel de Paris, qui est pourtant une juridiction spécialisée en droit de la concurrence...) ont des doutes sur l'ordre dans lequel on doit appliquer les textes communautaires : 101(1) TFUE puis éventuellement le VBER, ou bien le seul VBER ?

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 ne sont pas clairs sur deux aspects au moins :

=) Selon l'**article 2 du VBER 330/2010** : « 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 ?<sup>2</sup>

=) L'article 101§1 vise les restrictions « par objet » ou « par effet » que peut présenter un accord vertical.

Les juges 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 330/2010 - en vue d'une exemption éventuelle - qui mentionne (article 4, 4<sup>ème</sup> 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).

Cette rédaction est source d'incertitude : on peut en effet logiquement penser que les restrictions par objet du VBER, et par nature plus « graves » que celles de l'article 101§1 (puisque qualifiées de « caractérisées »), ont dû forcément avoir été **d'abord** analysées sur le fondement de l'article 101§1, et, **donc**, ne plus pouvoir être exemptées **par la suite** ...

Il serait donc important de regrouper au sein de l'article 101(1) toutes les clauses qui concernent les restrictions de concurrence « par objet ».

2. Les ventes passives : il conviendrait de revoir/clarifier et/ou supprimer l'article 4. c) du VBER, qui interdit de restreindre les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals **par les membres d'un système de distribution sélective** (et pas aux acteurs d'autres types d'accords verticaux) qui agissent en tant que détaillants sur le marché.

Cet article permet aussi 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 (car les conditions d'utilisation par les

---

Cette méthode d'évaluation des accords commerciaux au regard de l'article 101(1) TFUE a ainsi été rappelée par la CJUE dans l'affaire COTY GMBH / Parfumerie AKZENTE précitée, à son 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.* »

Il a été jugé exactement dans le même sens par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt « SHOWROOMPRIVE » du 28 février 2018, ainsi que par la Cour de cassation française qui a cassé les 16 mai 2018 les arrêts de la cour d'appel de Paris dans les affaires 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.* »

revendeurs des droits de propriété intellectuelle de l'organisateur du réseau, ou les conditions dans lesquelles les produits sont vendus - par exemple quand il n'y a pas de « section beauté » séparée, ou bien quand des parfums sont vendus à côté de couches-culottes -, peuvent parfois porter tort à la marque concernée). Ces restrictions en matière de publicité sont bien des critères qualitatifs, au sens de l'arrêt Métro, mais elles tombent aussi sous le coup de l'article 4, c) du VBER car elles restreignent à l'évidence les ventes **actives** aux utilisateurs finals.

### 3. La refonte des seuils de parts de marché.

Il semble important, dans le marché concerné :

- que la concurrence entre distributeurs soit maximale, ce qui impose que ces derniers aient une taille limitée, leur interdisant ainsi de trop peser sur les négociations commerciales,
- qu'une réflexion soit menée concernant la taille des producteurs, qui ne sont pas forcément en mesure d'imposer leurs conditions, dans le marché très particulier de la distribution sélective.

### 4. Quelle est la notion de « territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système » visé à l'article 4, b, iii) du Règlement 330/2010 ?

En clair, et selon le Règlement, il ne peut être mis en place de restrictions de territoire, sauf dans le cas des ventes des membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système.

Mais la cour d'appel de Paris a jugé, dans les arrêts des 25 mai 2016 (Coty / Marvale / France Télécom) et 26 juin 2016 (Coty / Brandalley), que « *si cette disposition est licite en ce qu'elle a pour objectif de protéger le réseau et d'en assurer l'étanchéité, en revanche, elle révèle son caractère restrictif prohibé lorsque le marché sur lequel évolue le distributeur non agréé n'est pas organisé en réseau de distribution sélective* ».

Le mystère est total car il est difficile de comprendre ce qu'a voulu dire la cour d'appel, qui ne précise pas la base de son raisonnement concernant l'article 4b), qui comprend un principe et quatre exceptions... En l'espèce, l'analyse du RDS de Coty était limitée à la France, marché sur lequel il ne pouvait pas être contesté que le réseau de distribution sélective était bien organisé en tant que tel.

Et, la circonstance qu'un réseau de distribution sélective n'existe pas sur « tous les territoires » n'est pas de nature à rendre illicites les réseaux de distribution sélective existants ; c'est en ce sens que la justification donnée par la cour d'appel de Paris apparaît pour le moins surprenante.

En outre, pour la Cour de cassation, la circonstance qu'un produit a été commercialisé en dehors d'un réseau de distribution sélective et continue à être ainsi distribué dans certaines zones géographiques n'est pas de nature en elle-même à rendre illicite la commercialisation sous une telle forme de distribution dans d'autres zones géographiques du produit en cause<sup>3</sup>.

L'analyse de la cour d'appel dans les affaires Marvale et Brandalley encourait la censure, car elle conduit à considérer qu'il suffirait à un distributeur non agréé désireux de contourner les règles d'accès au réseau, de localiser son site internet dans un pays où la distribution de produits contractuels n'est pas organisée, puis de vendre, en toute impunité, les produits contractuels sur le territoire couvert par le réseau, au mépris du système de distribution sélective existant !

---

<sup>3</sup> Cass.Com., 11 janvier 2005, n°02-10.566

L'obligation de ne revendre les produits qu'à d'autres distributeurs agréés ne peut à l'évidence s'appliquer qu'aux territoires où a été mis en place un système de distribution sélective.

Cette interdiction a été reconnue licite par les autorités de la concurrence qui se sont prononcées à leur sujet, sans qu'il n'ait été exigé de préciser expressément les territoires concernés par la distribution sélective.

Dans le cadre des réflexions en cours sur la révision du Règlement, il serait bon de savoir si un distributeur peut ou non organiser un système de distribution sélective dans un seul pays de l'EEE, et s'il peut par exemple organiser ses ventes : en France en RDS, en Allemagne par le biais d'un contrat de distribution exclusive avec un ou plusieurs distributeurs, en Pologne en grandes surfaces et sans conditions particulières, etc. ?

En effet, selon les habitudes de consommation (ou tout simplement les volontés du fabricant) le mode de distribution peut être très différent d'un pays à l'autre.

5. Afin de permettre aux fabricants de rester libres de fixer les conditions de distribution de leurs produits, il est formulé les propositions suivantes :

- possibilité de différencier des prix de vente en fonction de la situation des acheteurs (il est certain que le prix payé par le pure-player doit être plus important que celui payé par celui qui investit dans un ou plusieurs magasins physiques, sinon à terme personne ne voudra détenir des magasins « *brick and mortar* »),

- possibilité de n'autoriser qu'un seul magasin physique pour toute l'EEE, ou bien appliquer ce critère en fonction des circonstances et des cas particuliers,

- militer en faveur d'une liste<sup>4</sup> de pratiques interdites en matière de distribution sélective (cf. ce qui existe en matière de pratiques commerciales déloyales). En effet, nous avons suffisamment de recul sur ces questions, et une telle approche permettrait plus de sécurité. L'incertitude qui concerne la compréhension de certaines notions est un frein sérieux au développement d'une jurisprudence harmonisée en Europe.

\*\*\*

---

<sup>4</sup> Certains exemples sont repris ci-dessus.