

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. NILS WAHL

présentées le 26 juillet 2017 (1)

Affaire C-230/16

Coty Germany GmbH

contre

Parfümerie Akzente GmbH

[demande de décision préjudicielle formée par l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Concurrence – Ententes – Article 101, paragraphe 1, TFUE – Distribution sélective – Clause interdisant aux détaillants d'avoir recours à un tiers non agréé dans le cadre de la vente par Internet – Bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le règlement (UE) no 330/2010 – Article 4, sous b) et c) »

1. Le recours croissant par certains distributeurs à des places de marché (*marketplaces*) ou plateformes électroniques indépendantes des producteurs (2) a naturellement conduit un certain nombre d'autorités et de juridictions nationales (3) à s'interroger sur la possibilité pour un fournisseur d'interdire aux revendeurs agréés d'un réseau de distribution sélective de recourir à des entreprises tierces non agréées.

2. La présente demande de décision préjudicielle, qui invite à « repenser » la légalité, au regard des règles de concurrence, des systèmes de distribution sélective à l'aune des évolutions récentes dans le secteur du commerce électronique, et dont les possibles conséquences économiques ne doivent pas être sous-estimées (4), en constitue une parfaite illustration.

3. Par cette demande, l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main, Allemagne) interroge la Cour sur l'interprétation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ainsi que de l'article 4, sous b) et c), du règlement (UE) n° 330/2010 (5).

4. Ladite demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Coty Germany GmbH, un fournisseur de produits cosmétiques de luxe leader en Allemagne, à Parfümerie Akzente GmbH, distributeur agréé desdits produits, au sujet de l'interdiction faite à cette dernière d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces non agréées pour les ventes par Internet des produits contractuels.

5. La Cour est plus particulièrement interrogée sur le point de savoir si et dans quelle mesure les systèmes de distribution sélectifs relatifs aux produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'« image de luxe » de ces produits constituent des éléments de concurrence conformes à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Dans ce contexte, la Cour est appelée à déterminer si est conforme à cette disposition l'interdiction absolue faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, sans considération de la question de savoir s'il est concrètement porté atteinte aux exigences légitimes du fabricant en termes de qualité. Par ailleurs, la Cour est invitée à déterminer si l'article 4, sous b) et c), du règlement n° 330/2010 doit être interprété en ce sens qu'une telle interdiction constitue une restriction dite « par objet » de la clientèle du détaillant et/ou des ventes passives aux utilisateurs finals.

6. À cet égard, la présente affaire offre à la Cour l'opportunité de préciser si l'arrêt *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (6), qui, ainsi que l'a relevé la juridiction de renvoi, a fait l'objet d'interprétations divergentes par les autorités en charge de la concurrence et les juridictions nationales, a ou non fondamentalement modifié l'appréhension, au regard des règles de concurrence de l'Union, des restrictions propres à tout système de distribution sélective qui sont fondées sur des critères qualitatifs.

Le cadre juridique

Le règlement n° 330/2010

7. Aux termes des considérants 3 à 5 du règlement n° 330/2010 :

« (3) La catégorie d'accords dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, [TFUE] comprend les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Le terme "accords verticaux" doit inclure les pratiques concertées correspondantes.

(4) Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, [TFUE] par voie de règlement, de définir les accords verticaux susceptibles de relever de l'article 101, paragraphe 1, [TFUE]. L'évaluation individuelle d'accords au regard de l'article 101, paragraphe 1, [TFUE] exige la prise en compte de plusieurs facteurs, notamment la structure de marché du côté de l'offre et de la demande.

(5) Il y a lieu de limiter le bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, [TFUE]. »

8. L'article 1^{er}, paragraphe 1, du règlement n° 330/2010 prévoit :

« Aux fins du présent règlement, on entend par :

a) "accord vertical", un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services ;

- b) “restriction verticale”, une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d’application de l’article 101, paragraphe 1, [TFUE] ;

[...]

- e) “système de distribution sélective”, un système de distribution dans lequel le fournisseur s’engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu’à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s’engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l’opération de ce système ;

[...] »

9. L’article 2, paragraphe 1, dudit règlement dispose :

« Conformément à l’article 101, paragraphe 3, [TFUE], et sous réserve des dispositions du présent règlement, l’article 101, paragraphe 1, [TFUE] est déclaré inapplicable aux accords verticaux.

La présente exemption s’applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions verticales. »

10. En application de l’article 3, paragraphe 1, du même règlement :

« L’exemption prévue à l’article 2 s’applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l’acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels. »

11. Sous l’intitulé « Restrictions retirant le bénéfice de l’exemption par catégorie – restrictions caractérisées », l’article 4 du règlement n° 330/2010 énonce :

« L’exemption prévue à l’article 2 ne s’applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d’autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet :

[...]

- b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l’accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d’une restriction quant à son lieu d’établissement, sauf s’il s’agit de :

[...]

- iii) restreindre les ventes par les 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, et

[...]

- c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d’un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d’interdire à un membre du système d’exercer ses activités à partir d’un lieu d’établissement non autorisé ;

[...] »

Les lignes directrices sur les restrictions verticales

12. Conformément au point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales (7) publiées par la Commission concomitamment à l'adoption du règlement n° 330/2010, il convient d'entendre par « ventes passives » le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients.

13. Le point 52 des lignes directrices indique qu'Internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une restriction des (re)ventes. Il est indiqué à la troisième phrase du même point 52 que, en règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site Internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur.

14. Le point 54 des lignes directrices prévoit :

« Toutefois, dans le cadre du règlement [n° 330/2010], le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Cela peut être utile en particulier pour la distribution sélective. 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. [...] De même, un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs. Par exemple, si le site Internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce. »

15. Au point 56 des lignes directrices, il est expliqué que la restriction caractérisée visée à l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010 concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. À la troisième phrase du même point 56, il est précisé que, dans un système de distribution sélective, les distributeurs sont libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par Internet. En conséquence, la Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser Internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique.

16. Enfin, le point 176 des lignes directrices expose que tant les accords de distribution sélective qualitative que les accords de distribution sélective quantitative bénéficient de l'exemption prévue par le règlement n° 330/2010 et que cette exemption s'applique « quelle que soit la nature du produit concerné et des critères de sélection ». Cependant, lorsque les caractéristiques du produit ne nécessitent pas une distribution sélective ni l'application de critères, tels que, par exemple, l'obligation faite aux distributeurs de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques, ou de fournir des services spécifiques, un tel système n'apporte généralement pas de gains d'efficience

suffisants pour compenser une réduction significative de la concurrence intramarque. En cas d'effets préjudiciables sensibles sur la concurrence, le bénéfice de l'exemption par catégorie sera probablement retiré.

Le litige au principal, les questions préjudicielles et la procédure devant la Cour

17. Coty Germany est l'un des principaux fournisseurs de produits cosmétiques de luxe en Allemagne. Elle commercialise certaines marques de ce secteur par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective, sur la base d'un contrat de distribution utilisé de façon uniforme en Europe par elle-même et par les entreprises qui lui sont affiliées. Ce contrat est complété par différents contrats spéciaux dont l'objet est d'organiser ledit réseau.

18. Parfümerie Akzente distribue depuis de nombreuses années les produits de Coty Germany, en tant que détaillant agréé, aussi bien dans ses points de vente physiques que sur Internet. La vente par Internet se fait en partie par l'intermédiaire de sa propre boutique en ligne et en partie par l'intermédiaire de la plateforme « amazon.de ».

19. Il ressort de la décision de renvoi que, dans l'introduction du contrat de distribution sélective, Coty Germany justifie son système de distribution sélective en ces termes, à savoir « la nature des marques de Coty Prestige exige une distribution sélective destinée à préserver l'image de luxe attachée à ces marques ».

20. À cet égard, s'agissant du commerce physique, le contrat de distribution sélective prévoit que chaque point de vente du distributeur doit être agréé par elle, ce qui suppose le respect d'un certain nombre d'exigences, énumérées à l'article 2 dudit contrat, en termes d'environnement, d'aménagement et d'agencement.

21. En particulier, selon l'article 2, paragraphe 1, point 3, du contrat de distribution, « l'aménagement et l'agencement du point de vente, l'offre de produits, la publicité et la présentation des produits à la vente doivent valoriser et conforter le caractère luxueux des marques Coty Prestige. Il est notamment tenu compte, pour l'appréciation de ce critère, des façades, de l'aménagement intérieur, des sols, murs et plafonds, du mobilier ainsi que de la surface de vente et de l'éclairage, et enfin de l'impression générale d'ordre et de propreté ».

22. L'article 2, paragraphe 1, point 6, du contrat de distribution précise que « l'identification du point de vente, par le nom de l'entreprise ou par l'ajout d'éléments ou du slogan de l'entreprise, ne peut donner l'impression d'un choix limité de produits, d'un aménagement de qualité médiocre ou de l'absence de conseils et doit en tout état de cause être apposée de manière à ne pas couvrir les éléments de décoration et les surfaces d'exposition du dépositaire ».

23. Par ailleurs, le cadre contractuel qui lie les parties comporte un avenant concernant la vente par Internet dont l'article 1^{er}, paragraphe 3, prévoit que « 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 ».

24. Au mois de mars 2012, Coty Germany a remanié les contrats du réseau régissant la distribution sélective ainsi que cet avenant, en prévoyant à la clause I, paragraphe 1, premier alinéa, de ce même avenant que « 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 outre, la clause I, paragraphe 1, point 3, dudit avenant interdit expressément l'usage d'une autre dénomination commerciale ainsi que l'intervention visible d'une entreprise tierce qui ne soit pas un dépositaire agréé de Coty Prestige. En note à cette clause, il est précisé qu'« [i] est par conséquent

interdit au dépositaire d'organiser une coopération avec des tiers, dès lors qu'une telle coopération porte sur l'exploitation du site web et revêt un caractère visible ».

25. Parfümerie Akzente ayant refusé d'approuver ces modifications au contrat de distribution, Coty Germany a introduit un recours devant une juridiction nationale de première instance afin que celle-ci lui interdise de distribuer les produits de la marque litigieuse par l'intermédiaire de la plateforme « amazon.de », en application de ladite clause I, paragraphe 1, point 3.

26. Par jugement du 31 juillet 2014, la juridiction nationale de première instance compétente, à savoir le Landgericht Frankfurt am Main (tribunal régional de Francfort-sur-le-Main, Allemagne), a rejeté la demande au motif que la clause contractuelle en question était contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE et à l'article 1^{er} de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions de concurrence).

27. Cette juridiction a notamment considéré que l'objectif de préservation d'une image de prestige de la marque ne saurait justifier, conformément à l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), l'instauration d'un système de distribution sélective, qui est, par définition, restrictif de la concurrence. La clause contractuelle litigieuse serait également, selon la juridiction nationale de première instance, une restriction caractérisée, au sens de l'article 4, sous c), du règlement n^o 330/2010 et ne pourrait donc pas bénéficier d'une exemption par catégorie sur le fondement de ce règlement.

28. En outre, toujours selon la juridiction nationale de première instance, les conditions d'une exemption individuelle ne seraient pas non plus réunies, puisqu'il n'aurait pas été démontré que l'exclusion générale de la vente par Internet par l'intermédiaire des plateformes de tiers entraîne des gains d'efficacité de nature à compenser les inconvénients pour la concurrence qui résultent de la clause litigieuse. Cette juridiction estime que l'interdiction générale prévue par cette clause n'est pas nécessaire, car il existe d'autres moyens également appropriés mais moins restrictifs de la concurrence tels que l'application de critères qualitatifs spécifiques pour les plateformes tierces.

29. C'est dans ces conditions et dans le cadre de l'appel interjeté par Coty Germany contre la décision de la juridiction nationale de première instance que l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Les systèmes de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'«image de luxe» desdits produits constituent-ils un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question :

Peut-on considérer comme un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE l'interdiction absolue, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, sans considération de la question de savoir s'il est concrètement porté atteinte aux exigences légitimes du fabricant en termes de qualité ?

3) L'article 4, sous b), du règlement [n^o 330/2010] doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, constitue une restriction par objet de la clientèle du détaillant ?

4) L'article 4, sous c), du règlement [n° 330/2010] doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, constitue une restriction par objet des ventes passives aux utilisateurs finals ? »

30. Coty Germany, Parfümerie Akzente, les gouvernements allemand, français, italien, luxembourgeois, néerlandais et autrichien ainsi que la Commission ont déposé des observations devant la Cour.

31. Une audience s'est tenue en date du 30 mars 2017, à laquelle ont participé Coty Germany, Parfümerie Akzente, les gouvernements allemand, français, italien, luxembourgeois, néerlandais et suédois ainsi que la Commission.

Analyse

Propos introductifs et considérations générales sur les principes devant présider à l'application de l'article 101 TFUE aux systèmes de distribution sélective

32. De manière générale, les règles de concurrence – et l'article 101 TFUE en particulier – ont pour objet d'éviter les distorsions de « concurrence », étant précisé que cette dernière, qui tend à promouvoir l'efficacité économique et, in fine, le bien-être des consommateurs, doit non seulement permettre l'instauration de prix les plus bas possibles, mais également être un vecteur de diversité de choix des produits, d'optimisation de la qualité de ces derniers et des prestations fournies ainsi que de stimulation de l'innovation. Le droit de la concurrence européen n'envisage pas la concurrence par les prix comme seul modèle possible.

33. À cet égard, la Cour a très tôt jugé que 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 (8). Il existe ainsi 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 les prix (9).

34. C'est en partant de cette prémisse qu'il convient d'envisager les systèmes de distribution sélective.

35. Ces derniers sont définis comme des systèmes de distribution dans lesquels, d'une part, le fournisseur (souvent qualifié de « tête de réseau ») s'engage à vendre les biens ou les services contractuels uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis et, d'autre part, ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur (10).

36. Il est bien acquis, depuis l'arrêt Consten et Grundig/Commission (11), qu'un accord de nature verticale, conclu entre des entreprises ne se trouvant pas sur un pied d'égalité, est susceptible de restreindre la concurrence qui pourrait s'exercer entre elles ou entre l'une d'elles et des tiers. Il ne peut donc être a priori exclu que des clauses contractuelles insérées dans les contrats de distribution sélective comportent des restrictions de concurrence, de nature notamment à tomber sous le coup de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles. S'agissant de l'applicabilité proprement dite du droit des ententes à la définition des critères de sélection élaborés dans le contexte des réseaux de distribution, il est constant que cette sélection, dès lors qu'elle découle des clauses contractuelles des contrats signés entre la tête de réseau et ses distributeurs agréés, est de

nature à tomber sous le coup de l'interdiction des ententes (12).

37. Cependant, la Cour a constamment envisagé les systèmes de distribution sélective fondés sur des critères qualitatifs avec précaution (13). Elle a ainsi clairement reconnu, depuis son célèbre arrêt Metro SB-Großmärkte/Commission (14), la légalité, au regard du droit des ententes, des systèmes de distribution sélective reposant sur des critères qualitatifs.

38. Dans ce contexte, elle a souligné que l'exigence d'une concurrence non faussée admet que la nature et l'intensité de la concurrence puissent varier en fonction des produits ou des services en cause et de la structure économique des marchés sectoriels concernés. En particulier, la structure du marché ne s'oppose pas à l'existence de canaux de distribution différenciés adaptés aux caractéristiques propres des différents producteurs et aux besoins des différentes catégories de consommateurs. Par son raisonnement, la Cour a implicitement mais nécessairement admis qu'une réduction de la concurrence intramarque (*intra-brand competition*) pouvait être admise lorsqu'elle est indispensable à la stimulation de la concurrence intermarques (*inter-brand competition*).

39. Elle a ainsi itérativement jugé que ces systèmes pouvaient être déclarés conformes à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dès lors que le choix des revendeurs s'opérait en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés de manière uniforme et appliqués de façon non discriminatoire.

40. En outre, dans le prolongement de certaines orientations doctrinales (15), elles-mêmes alimentées par les analyses des économistes (16), il s'est progressivement imposé, notamment dans l'élaboration d'une nouvelle génération de règlements d'exemption par catégorie, que de tels systèmes sont, en général, porteurs d'effets positifs du point de vue de la concurrence.

41. Cette évolution, qui n'est pas propre au droit de la concurrence de l'Union (17), repose notamment sur les constats suivants.

42. En premier lieu, dans la mesure où ils tendent à agréer les distributeurs de certains produits sur la base de critères qualitatifs requis par la nature de ces produits, les systèmes de distribution sélective favorisent et protègent le développement de l'image de marque (*brand image*). Ils constituent un facteur de stimulation de la concurrence entre les fournisseurs de produits de marque, à savoir la concurrence intermarques, en ce qu'ils permettent aux fabricants d'organiser efficacement la distribution de leurs produits et de satisfaire les consommateurs.

43. Les systèmes de distribution sélective sont, notamment pour les produits présentant des qualités singulières, un vecteur de pénétration des marchés. Les marques, et en particulier les marques de luxe, tirent en effet leur plus-value d'une perception stable par les consommateurs de leur qualité élevée et de leur exclusivité dans leur présentation et dans leur commercialisation. Or, cette stabilité ne peut être garantie lorsque ce n'est pas la même entreprise qui assure la distribution des produits. La raison d'être des systèmes de distribution sélective est qu'ils permettent d'étendre la distribution de certains produits, notamment vers des zones géographiquement éloignées de celles de leur production, tout en maintenant cette stabilité par une sélection des entreprises habilitées à distribuer les produits contractuels.

44. En second lieu, du point de vue de la concurrence intramarque, du fait de l'égalité entre les distributeurs agréés qui résulte de l'application, en principe objective et non discriminatoire, de critères de sélection de nature qualitative, la distribution sélective peut, certes, aboutir à soumettre l'ensemble des entreprises membres à des conditions concurrentielles similaires du réseau de distribution sélective et, partant, à une diminution potentielle tant du nombre de distributeurs des produits contractuels que de la concurrence intramarque notamment en termes de prix. Or,

paradoxalement, plus les critères de sélection que le fournisseur impose sont sévères, plus celui-ci s'expose, du fait de la réduction de la distribution des produits qui en découle, à une perte de marché et de clientèle. Dès lors et à moins qu'il dispose d'un « pouvoir de marché » significatif, le fournisseur, tête de réseau, est, en principe, conduit à « autoréguler » son comportement dans un sens conforme aux règles de concurrence.

45. En conséquence, il peut être considéré que les systèmes de distribution sélective produisent, de manière générale, des effets neutres, voire bénéfiques, du point de vue de la concurrence.

46. Il importe de rappeler que la conformité à l'article 101, paragraphe 1, TFUE des systèmes de distribution sélective repose en définitive sur l'idée qu'il peut être légitime de ne pas se focaliser sur la concurrence « par les prix » au profit d'une concurrence portant sur d'autres éléments de nature qualitative. La reconnaissance de cette conformité ne saurait donc être cantonnée aux produits qui présenteraient des qualités matérielles particulières. Ce qui est déterminant pour identifier l'existence ou non d'une restriction de concurrence, ce ne sont pas tant les propriétés intrinsèques des produits en cause, mais bien la circonstance qu'il apparaît nécessaire pour maintenir le bon fonctionnement du système de distribution qui est précisément destiné à préserver l'image de marque ou de qualité des produits contractuels.

47. En résumé, si, à l'issue d'un examen tout à la fois superficiel et formaliste, certaines obligations contractuelles imposées aux détaillants dans le cadre des systèmes de distribution sélective ont aisément pu être assimilées, en ce qu'elles limitaient la liberté commerciale des distributeurs concernés, à des limitations potentielles de concurrence, il s'est très vite imposé, tant dans la jurisprudence élaborée depuis l'arrêt Metro SB-Großmärkte/Commission (18) que dans la réglementation applicable en matière d'exemption par catégorie, qu'un système de distribution sélective reposant sur des critères qualitatifs est, sous certaines conditions, de nature à générer des effets pro-concurrentiels et ainsi ne pas tomber sous le coup de l'interdiction des ententes visée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

48. Dans ce contexte, il doit être souligné que l'article 101 TFUE ne vise pas à encadrer ou à proscrire certaines obligations contractuelles librement consenties, telles celles qui découlent du contrat liant un distributeur à son fournisseur, mais s'attache essentiellement aux incidences économiques des comportements visés du point de vue de la concurrence. Aussi, le fait qu'un accord de distribution sélective soit éventuellement porteur d'un déséquilibre contractuel entre les parties, notamment au détriment du distributeur agréé, n'est pas une circonstance pertinente dans le cadre de l'examen des effets restrictifs de concurrence de cet accord (19).

49. Qu'en est-il ensuite du cadre d'analyse précis des mesures prises dans le cadre des systèmes de distribution sélective au regard du droit des ententes ?

50. L'examen au regard de l'article 101 TFUE des comportements d'entreprise élaborés et imposés dans le contexte de la distribution sélective doit schématiquement s'effectuer en deux temps. Il convient, tout d'abord, d'examiner – ainsi que nous y invite la juridiction de renvoi par ses première et deuxième questions préjudicielles – si ceux-ci sont, en principe, de nature à tomber sous le coup de l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Dans l'affirmative, à savoir pour l'hypothèse où il devrait être jugé que les restrictions litigieuses tombent sous le coup de cette disposition, il est nécessaire, ensuite – ce qui in fine est l'objet des troisième et quatrième questions – de déterminer si les comportements litigieux sont ou non de nature à bénéficier d'une exemption au titre du paragraphe 3 de l'article 101 TFUE.

51. Premièrement, s'agissant de la question de savoir si les conditions imposées par la tête de réseau à ses distributeurs peuvent ou non d'emblée être soustraites à la prohibition des ententes, la

Cour a reconnu que, s'agissant des biens de consommation de haute qualité, des canaux de distribution différenciés adaptés aux caractéristiques propres des différents producteurs et aux besoins des consommateurs peuvent être conformes à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (20).

52. Ainsi que la Cour l'a encore rappelé dans sa jurisprudence plus récente, l'organisation d'un système de distribution sélective ne relève pas de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, TFUE pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, que les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin, que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire (21).

53. Deuxièmement, et pour l'hypothèse où le juge serait amené à conclure que la mesure incriminée qui s'insère dans le cadre d'un réseau de distribution sélective ne peut pas d'emblée être soustraite à l'application de l'article 101 TFUE, il conviendra encore de déterminer si celle-ci est de celles qui peuvent être exemptées, notamment au titre du règlement d'exemption « par catégorie » applicable, en l'occurrence le règlement n° 330/2010.

54. À cet égard, il est fait observer que ce 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. Ainsi que le souligne le considérant 4 dudit règlement, « [l]'évaluation individuelle d'accords au regard de l'article 101, paragraphe 1, [TFUE] exige la prise en compte de plusieurs facteurs, notamment la structure de marché du côté de l'offre et de la demande ».

55. En revanche, ledit règlement fournit, dans un souci d'apporter une certaine sécurité juridique aux entreprises concernées (voir, en ce sens, considérant 5 du règlement n° 330/2010), des indications sur les mesures qui ne peuvent pas d'emblée bénéficier d'une exemption au titre du règlement, ce qui n'exclut pas que ces mesures puissent bénéficier d'une exemption individuelle. Sous réserve du respect de certains seuils tenant à la part de marché détenue tant par le fournisseur que par ses distributeurs, il s'agit des mesures qui comportent des « restrictions caractérisées » visées à l'article 4 de ce même règlement.

56. Bien qu'indépendantes, ces deux étapes de l'analyse peuvent présenter certains chevauchements conceptuels. En effet, que ce soit sous l'angle du paragraphe 1 ou sous celui du paragraphe 3 de l'article 101 TFUE, l'analyse de la mesure litigieuse repose sur un examen du degré de nocivité supposé ou avéré de celle-ci. Ainsi, une restriction des ventes passives des distributeurs pourra non seulement être considérée comme une restriction par « objet », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, mais également comme une restriction caractérisée qui ne peut bénéficier d'une exemption par catégorie. Il n'en reste pas moins que la qualification, aux fins de l'application de cette dernière disposition, d'une restriction « par objet » doit être distinguée de l'existence d'une restriction « caractérisée » aux fins de l'applicabilité d'une éventuelle exemption au titre du règlement n° 330/2010. J'y reviendrai dans les développements qui suivent.

57. Enfin, il me semble important de souligner que les lignes directrices élaborées par la Commission, et notamment celles sur les restrictions verticales qui présentent indéniablement un grand intérêt en l'occurrence, ne peuvent à elles seules guider l'analyse. En effet, ces lignes directrices n'ont pas vocation à lier les autorités de la concurrence et les juridictions des États membres, mais font simplement état de la manière dont la Commission, agissant en tant qu'autorité de la concurrence de l'Union, appliquera elle-même l'article 101 TFUE (22). Cela étant, il ne saurait être exclu que la Cour puisse, dans le cadre de sa mission d'interprétation du droit de l'Union, faire siennes les orientations et appréciations juridiques contenues dans ces lignes

directrices.

58. Ces précisions générales étant apportées, je vais examiner une à une les questions posées par la juridiction de renvoi.

Sur la première question : conformité à l'article 101, paragraphe 1, TFUE des systèmes de distribution sélective de produits de luxe et de prestige visant principalement à préserver « l'image de luxe » desdits produits

59. Par sa première question préjudicielle, qui fait directement écho aux interprétations divergentes de l'arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), la juridiction de renvoi demande en substance si les réseaux de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'image de luxe de ces produits relèvent ou non de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

60. En substance, deux approches s'opposent.

61. D'une part, Parfümerie Akzente et le gouvernement luxembourgeois estiment que les contrats qui organisent un système de distribution sélective pour la vente de produits de luxe et de prestige, visant principalement à préserver l'image de luxe desdits produits, ne peuvent pas être exclus du champ d'application de l'interdiction établie par l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Selon eux, cette conclusion trouverait un appui solide dans la déclaration figurant au point 46 de cet arrêt *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*. Dans le même sens, le gouvernement allemand propose de répondre que l'article 101, paragraphe 1, TFUE est applicable aux exigences des systèmes de distribution sélective destinées à préserver une image de luxe ou de prestige, sans qu'il y ait lieu d'examiner si les propriétés du produit en cause nécessitent la mise en place d'un système de distribution sélective, si les exigences requises par le système sont appliquées sans discrimination et si elles sont appropriées s'agissant de la préservation de l'image de luxe ou de prestige.

62. D'autre part, Coty Germany, les gouvernements français, italien néerlandais, autrichien et suédois ainsi que la Commission considèrent, en substance, que les contrats qui organisent un système de distribution sélective pour la vente de produits de luxe et de prestige, visant principalement à préserver l'image de luxe desdits produits, peuvent être exclus du champ d'application de l'interdiction établie à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Ces parties estiment notamment qu'il ressort de la jurisprudence que les produits de haute qualité, dont l'image de luxe est appréciée par les consommateurs, peuvent nécessiter la mise en œuvre d'un réseau de distribution sélective, notamment pour « assurer leur présentation valorisante » et préserver leur « image de luxe ». Ils soulignent que ledit arrêt *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, qui concernait non pas le système de distribution sélective proprement dit, mais exclusivement la clause contractuelle visée dans cette affaire, ne saurait être interprété en ce sens que la protection de l'image de luxe n'est désormais plus de nature à justifier l'existence d'un réseau de distribution sélective.

63. À mon sens et sauf à modifier fondamentalement les principes régissant l'appréhension des systèmes de distribution sélective à l'aune des règles en matière de concurrence, l'on ne peut que se rallier à la seconde position et, en conséquence, apporter une réponse affirmative à la première question préjudicielle telle que formulée par la juridiction de renvoi.

64. Dans le prolongement de ce que j'ai indiqué plus haut, les systèmes de distribution sélective doivent pouvoir, en raison des effets bénéfiques – ou à tout le moins neutres – qu'ils génèrent du point de vue de la concurrence, être considérés comme compatibles avec l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

65. Conformément à la jurisprudence bien établie de la Cour (23) et du Tribunal (24), dont les enseignements ont été largement repris au point 175 des lignes directrices, les systèmes de distribution sélective purement qualitative ne relèvent pas de l'interdiction de l'article 101 TFUE lorsqu'il est satisfait à trois conditions (ci-après les « critères Metro »).

66. Premièrement, il doit être établi que les propriétés du produit en cause nécessitent un système de distribution sélective, en ce sens qu'un tel système constitue une exigence légitime, eu égard à la nature des produits concernés, et notamment à leur haute qualité ou technicité, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage. Deuxièmement, il est exigé que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Troisièmement, il faut que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire.

67. Si la question de savoir si ces conditions sont remplies doit être appréciée de façon objective par le juge national, la Cour n'en a pas moins dégagé un certain nombre de paramètres dont il peut être tenu compte dans l'appréciation de la conformité des systèmes de distribution sélective avec l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

68. S'agissant du critère relatif à la nécessité d'un système de distribution sélective au regard notamment des produits de luxe, critère principalement en cause en l'espèce, il convient de rappeler que la Cour a jugé à plusieurs reprises que des systèmes de distribution sélective fondés sur des critères qualitatifs peuvent être acceptés dans le secteur de la production de biens de consommation de haute qualité sans enfreindre l'article 101, paragraphe 1, TFUE, afin notamment de maintenir un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour de tels produits (25).

69. La Cour a précisé que, indépendamment même de la qualification des produits visés de produits de « luxe », la préservation de la « qualité » du produit peut nécessiter un système de distribution sélective (26).

70. Ce sont ainsi les caractéristiques ou propriétés spécifiques des produits concernés qui peuvent être de nature à rendre un système de distribution sélective conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Comme je l'ai précédemment indiqué, ces propriétés peuvent résider non seulement dans les qualités matérielles des produits visés (produits de haute qualité technologique, par exemple), mais également dans l'image « de luxe » des produits (27).

71. Cette conclusion peut, ainsi que cela a été relevé par un certain nombre de parties ayant déposé des observations dans la présente affaire, être rapprochée des considérations qui ont été retenues dans le cadre de la jurisprudence développée en matière de droit des marques, droit qui, en raison de sa fonction concurrentielle spécifique, interagit indéniablement avec l'interdiction des ententes. En effet, dans la mesure où elle garantit que tous les produits ou services qu'elle désigne ont été fabriqués ou fournis sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité, la marque joue un rôle essentiel dans le système de concurrence non faussé que le traité FUE entend établir et maintenir (28). Dans un tel système, les entreprises doivent être en mesure de s'attacher la clientèle par la qualité de leurs produits ou de leurs services, ce qui n'est possible que grâce à l'existence de signes distinctifs permettant d'identifier ces produits et ces services. Pour que la marque puisse jouer ce rôle, elle doit constituer la garantie que tous les produits qui en sont revêtus ont été fabriqués sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité (29).

72. Dans le contexte du droit des marques, la Cour a souligné que les produits de luxe et de prestige se définissent non pas uniquement à l'aune de leurs caractéristiques matérielles, mais également à partir de la perception spécifique qu'en ont les consommateurs, et plus particulièrement

de l'« aura de luxe » dont ils bénéficient auprès de ces derniers. 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. Dès lors, une atteinte à ladite sensation de luxe est susceptible d'affecter la qualité même de ces produits. Or, à cet égard, la Cour a déjà considéré que les caractéristiques et les modalités propres d'un système de distribution sélective sont susceptibles, en elles-mêmes, de préserver la qualité et d'assurer le bon usage de tels produits (30).

73. La Cour en a conclu que, l'organisation d'un système de distribution sélective visant à assurer une présentation valorisante de tels produits dans le point de vente, « notamment en ce qui concerne le positionnement, la promotion, la présentation des produits et la politique commerciale », elle était de nature à contribuer à la réputation des produits en question et donc au maintien de leur aura de luxe (31).

74. Il découle de cette jurisprudence que, 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. En d'autres termes, les réseaux de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'image de marque desdits produits ne tombent pas sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

75. Contrairement à l'interprétation défendue par certaines parties ayant déposé des observations, cette conclusion n'est pas remise en cause par l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), et en particulier par le point 46 de celui-ci aux termes duquel « 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, TFUE ».

76. Ainsi qu'en témoignent les observations soumises dans la présente affaire, mais également les prises de position adoptées par bon nombre de juridictions et d'autorités nationales en charge de la concurrence (32), cette dernière énonciation a donné lieu à des interprétations fort divergentes.

77. Il apparaît donc tout à fait opportun, ainsi que nous y invitent la plupart des parties ayant déposé des observations, que la Cour clarifie, dans la présente affaire, la portée de cet arrêt en se référant tant au contexte ayant donné lieu à celui-ci qu'à la motivation qui a été précisément retenue par la Cour dans ledit arrêt.

78. S'agissant, en premier lieu, du *contexte factuel* de l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), je rappelle que, dans cette affaire, était en cause l'obligation faite par un fabricant de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle à ses distributeurs sélectionnés de justifier, sur leurs points de vente respectifs, de la présence physique et permanente d'au moins un pharmacien diplômé. Cette exigence excluait de facto et de manière absolue, selon la Cour, qui reprend à son compte l'appréciation qui avait été retenue par l'autorité de la concurrence française, que les produits en cause puissent être vendus par les distributeurs agréés par Internet (33).

79. Ainsi que cela ressort clairement de la question préjudicielle soumise à la Cour dans cette affaire, était uniquement mise en cause une clause contractuelle portant interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective. N'était, en revanche, pas visé le système de distribution sélective pris dans sa globalité.

80. En second lieu, s'agissant de la *motivation* explicitement retenue par la Cour dans cet arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, elle porte sur la seule clause contractuelle qui interdit notamment la vente par Internet visée par la société Pierre Fabre. Le seul fait que l'insertion de ladite clause ait été motivée par la nécessité de préserver l'image de prestige des produits en cause n'a pas été considéré par la Cour comme constituant un objectif légitime pour restreindre la concurrence. Cela ne veut pas pour autant dire que la Cour a entendu soumettre d'emblée à l'interdiction des ententes visée par l'article 101, paragraphe 1, TFUE des systèmes de distribution qui visent précisément à préserver l'image de marque des produits concernés.

81. Il importe de relever que la Cour n'est notamment pas revenue sur le principe selon lequel la tête d'un réseau de distribution sélective restait en principe libre d'organiser ce réseau et, partant, sur l'appréciation selon laquelle les conditions imposées aux distributeurs agréés devaient être jugées conformes à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'elles satisfaisaient aux conditions dégagées par la Cour.

82. Plus fondamentalement, il est fait observer que rien dans les termes employés par la Cour ne laisse supposer que celle-ci ait entendu revenir sur ou encore amoindrir la portée des principes qui avaient été dégagés et élaborés jusqu'alors quant à l'appréciation, au regard de l'article 101 TFUE, des conditions imposées aux distributeurs agréés d'un réseau de distribution sélective.

83. En d'autres termes, l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), ne doit pas être interprété comme un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure, dès lors que la déclaration figurant au point 46 de cet arrêt s'insère dans le contexte d'un contrôle de la proportionnalité de la clause contractuelle concrètement en cause au principal (voir notamment point 43 dudit arrêt).

84. L'ensemble de ces considérations m'amène à conclure que les systèmes de distribution sélective dont l'objet consiste en la préservation de l'image de luxe des produits peuvent toujours constituer des éléments de concurrence conformes à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Ainsi que la Commission l'a relevé à juste titre, il doit toutefois être déduit de cet arrêt que, en fonction des propriétés des produits en cause ou pour des restrictions particulièrement graves, telle que l'interdiction totale de vente par Internet qui résultait de la clause litigieuse dans le même arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, il est possible que l'objectif visant à préserver l'image de prestige des produits en cause ne soit pas légitime, ce qui aurait pour conséquence qu'il n'est pas justifié d'exempter un système de distribution sélective ou une clause poursuivant un tel objectif.

85. Une autre conclusion présenterait, à mon sens, deux inconvénients majeurs.

86. Tout d'abord, cela viendrait à revenir sur les principes bien établis dans la jurisprudence de la Cour quant à l'appréciation sous l'angle des règles de concurrence des systèmes de distribution sélective. Je rappelle que ces principes tiennent précisément compte des effets bénéfiques que de tels systèmes génèrent dans la poursuite d'une concurrence efficace.

87. Dans ce contexte, il doit être rappelé que ce sont les propriétés des produits concernés, que celles-ci résident dans leurs caractéristiques matérielles ou dans leur image luxueuse ou de prestige, qu'il importe de préserver. Que les produits en cause présentent certaines qualités matérielles, tels que les produits de haute qualité ou les produits technologiquement avancés, ou que les produits en question soient associés à une image de luxe, la distribution sélective peut être considérée comme légitime eu égard aux effets pro-concurrentiels qu'elle génère.

88. Ensuite, une interprétation de l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), selon laquelle un système de distribution sélective ayant pour objet de

préservé l'image de luxe des produits concernés ne peut désormais plus être soustrait à l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE s'inscrirait en faux contre les orientations retenues en matière de propriété intellectuelle, et notamment contre la jurisprudence élaborée dans le contexte du droit des marques.

89. Ainsi, dans l'arrêt du 23 avril 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260), la Cour a assimilé le distributeur dans le système de distribution sélective à un licencié et a reconnu que les deux se trouvaient dans la situation d'une mise en circulation par des tiers avec le consentement du titulaire de la marque. Cela a pour conséquence que l'interdiction des ententes ne devrait pas s'appliquer dans les cas où des mesures du producteur/titulaire de la marque vis-à-vis du distributeur agréé ne constituent, en définitive, que l'exercice du droit de première mise en circulation.

90. De même, dans l'arrêt du 3 juin 2010, Coty Prestige Lancaster Group (C-127/09, EU:C:2010:313), la Cour a souligné que le caractère exclusif du droit des marques a pour conséquence que chaque utilisation de la marque sans le consentement du titulaire viole le droit des marques.

91. Dès lors, un réseau de distribution sélective, tel que celui prévu par le contrat en cause au principal, qui est relatif à la distribution de produits de luxe et de prestige et qui vise principalement à préserver l'« image de luxe » peut constituer un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que les critères Metro sont remplis.

92. Cette conclusion vaut tant pour les produits dits de « luxe » que pour les produits dits de « qualité ». Ce qui compte, c'est la nécessité pour la tête de réseau de préserver l'image de prestige.

93. Il est donc proposé de répondre à la première question préjudicielle que les systèmes de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'« image de luxe » desdits produits constituent un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dans la mesure où les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous et appliqués de façon non discriminatoire pour tous les revendeurs potentiels, où la nature du produit en question, y compris de l'image de prestige, exige une distribution sélective afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage et où les critères établis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire.

Sur la deuxième question : conformité à l'article 101, paragraphe 1, TFUE de l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui opèrent en tant que détaillants agréés sur le marché, de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente en ligne

94. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande si et dans quelle mesure l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui opèrent en tant que détaillants agréés sur le marché, de recourir de manière visible à des plateformes tierces, pour la vente par Internet des produits concernés.

95. Cette question, qui est étroitement liée à la première, concerne la conformité au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE de la clause particulière du système de distribution sélective précisément mise en cause dans l'affaire au principal.

96. Or, ainsi que je l'ai précédemment indiqué en réponse à la première question préjudicielle, il reste acquis que la distribution sélective reposant sur des paramètres d'ordre qualitatif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE pour autant que les critères Metro sont satisfaits.

97. Conformément à la grille d'analyse découlant de la jurisprudence Metro SB-Großmärkte/Commission, qui n'a nullement été remise en cause par l'arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (34), il y a lieu d'examiner si le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, si les propriétés du ou des produits en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin, si les conditions définies sont conformes au principe de proportionnalité.

98. La première de ces conditions n'étant pas réellement discutée en l'espèce, mon analyse se concentrera sur le point de savoir si l'interdiction faite aux distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes tierces est légitime au regard des objectifs d'ordre qualitatif poursuivis et, le cas échéant, si elle est proportionnée.

99. Or, en ce qui concerne, en premier lieu, la légitimité de l'interdiction litigieuse, ainsi que je l'ai indiqué dans ma proposition de réponse à la première question, l'objectif de préserver l'image des produits de luxe et de prestige est toujours un objectif légitime aux fins de justifier un système de distribution sélective de nature qualitative tel que celui en cause dans l'affaire au principal.

100. Il convient donc de déterminer si la clause litigieuse, à savoir celle qui interdit aux distributeurs agréés de recourir de manière visible à des plateformes tierces, peut précisément se justifier par la nécessité de préserver l'image de luxe des produits en cause.

101. À cet égard, je suis d'avis que l'interdiction de recourir à des dénominations d'entreprises tierces peut se justifier par l'objectif de préservation et de contrôle des critères de qualité, qui exige notamment la fourniture de certains services à l'occasion de la vente des produits ainsi qu'une présentation spécifique des produits vendus.

102. Il doit, en effet, être admis que la tête d'un réseau de distribution sélective peut, aux fins de préserver l'image de marque ou de prestige (35) des produits qu'elle commercialise, interdire à ses distributeurs, même agréés, de recourir de façon visible à des entreprises tierces. Une telle interdiction peut être à même de préserver les garanties de qualité, de sécurité et d'identification d'origine des produits en obligeant les détaillants à fournir des prestations de services d'un certain niveau lors de la vente des produits contractuels. Cette interdiction permet également de maintenir la protection et le positionnement des marques face aux phénomènes de contrefaçon et de parasitisme, qui sont de nature à engendrer des effets restrictifs de concurrence.

103. Ainsi que l'a indiqué la Commission au point 54 de ses lignes directrices, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général.

104. Or, en recourant à des plateformes tierces dans le cadre de la distribution des produits, les distributeurs agréés – et qui plus est la tête de réseau – n'ont en particulier plus la maîtrise de la présentation et de l'image de ces produits, dès lors notamment que ces plateformes affichent fréquemment de façon très visible leurs logos à toutes les phases de l'achat des produits contractuels.

105. L'interdiction absolue imposée aux membres d'un système de distribution sélective de recourir de façon visible, pour leurs ventes par l'intermédiaire d'Internet, à des entreprises tierces constitue ainsi une restriction tout à fait analogue à celle qui, selon la Cour, est justifiée et nécessaire pour garantir le fonctionnement d'un système de distribution sélective basé uniquement sur le commerce physique, et donc légitime au regard du droit de la concurrence, conformément à la

jurisprudence (36).

106. En conclusion, l'interdiction faite aux distributeurs agréés de recourir à des plateformes en ligne tierces peut être exclue du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE en ce qu'elle est de nature à améliorer la concurrence reposant sur des critères qualitatifs. Dans le prolongement des considérations jusqu'alors retenues en matière de distribution sélective, cette interdiction est de nature à préserver l'image de luxe des produits concernés à divers égards : non seulement elle garantit que ces produits sont vendus dans un environnement répondant aux exigences qualitatives imposées par la tête du réseau de distribution, mais elle permet également de se prémunir des phénomènes de parasitage en évitant que les investissements et les efforts déployés par le fournisseur et par d'autres distributeurs agréés, en vue d'améliorer la qualité et l'image des produits concernés, profitent à d'autres entreprises.

107. Cette interdiction se distingue clairement de la clause litigieuse dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649).

108. Je rappelle que, dans cet arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, la Cour a dit pour droit que la clause d'un contrat qui interdisait de manière absolue aux distributeurs agréés de vendre en ligne les produits contractuels pouvait constituer une restriction par objet et donc être contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE si « à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée ».

109. En l'occurrence, force est de constater que, loin de prévoir une interdiction absolue des ventes en ligne, Coty Germany a uniquement imposé à ses revendeurs agréés de ne pas commercialiser les produits contractuels par l'intermédiaire de plateformes tierces, dans la mesure où, selon la tête de réseau, celles-ci ne sont pas tenues de respecter les exigences qualitatives qu'elle impose à ses distributeurs agréés.

110. La clause litigieuse dans l'affaire au principal maintient, en effet, la possibilité pour les distributeurs agréés de distribuer les produits contractuels par leurs propres sites Internet. De même, elle n'interdit pas à ces distributeurs de recourir aux plateformes tierces pour la distribution de ces mêmes produits contractuels de manière non visible.

111. Or, ainsi que la Commission a pu le relever, en s'appuyant notamment sur les résultats de son enquête sectorielle, il apparaît que, à ce stade de l'évolution du commerce électronique, les boutiques en ligne propres aux distributeurs constituent le canal de distribution privilégié de la distribution sur Internet. Ainsi, nonobstant l'importance croissante des plateformes tierces dans la commercialisation des produits des détaillants, l'interdiction faite aux distributeurs agréés de recourir de façon visible à ces plateformes ne saurait, en l'état actuel de l'évolution du commerce électronique, être assimilée à une interdiction totale ou à une limitation substantielle de la vente par Internet.

112. En deuxième lieu, il me semble que le dossier soumis à la Cour ne permet pas de conclure que, pour l'heure, une telle interdiction doit être généralement considérée comme disproportionnée à l'objectif poursuivi.

113. Il convient de souligner que, alors que le fournisseur, tête de réseau, est en mesure d'imposer certaines obligations à ses distributeurs agréés en vertu de la relation contractuelle qui les lie et ainsi d'opérer un certain contrôle sur les canaux de distribution de ses produits, il n'est pas en position d'exercer un contrôle sur la distribution des produits qui est effectuée au moyen de plateformes

tierces. Dans cette perspective, l'obligation litigieuse peut apparaître comme un moyen adéquat pour atteindre les objectifs poursuivis par Coty Germany.

114. Certes, il ne saurait être nié que les plateformes en ligne, telles que celle en cause dans l'affaire au principal, sont en mesure de concevoir et d'assurer une représentation valorisante des produits concernés de la même manière que le feraient des distributeurs agréés. Toutefois, le respect des exigences qualitatives qui peut légitimement être imposé dans le cadre d'un système de distribution sélective ne peut être efficacement assuré que si l'environnement de vente par Internet est conçu par les revendeurs agréés, qui sont contractuellement liés au fournisseur/tête du réseau de distribution, et non par un exploitant tiers dont les pratiques échappent à l'influence de ce fournisseur.

Conclusion intermédiaire

115. Dès lors, la clause litigieuse, pour autant qu'elle s'applique de façon non discriminatoire et qu'elle est objectivement justifiée par la nature des produits contractuels – aspects qui ne semblent nullement être mis en cause en l'espèce, mais qui devront, en tout état de cause, être vérifiés par la juridiction de renvoi –, peut être considérée comme conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

116. À supposer même qu'il puisse être conclu en l'occurrence que la clause litigieuse est de nature à tomber sous le coup de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, en raison notamment du non-respect des critères Metro, encore faudra-t-il examiner si elle est porteuse d'un effet restrictif de concurrence, et en particulier de déterminer si elle est constitutive d'une restriction « par objet », au sens de cette disposition.

117. Sur ce dernier point, et à la différence de la clause contractuelle mise en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), l'interdiction litigieuse dans la présente affaire ne me semble en aucun cas pouvoir être qualifiée de « restriction par objet », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, étant précisé que cette notion doit être interprétée de manière restrictive. En effet, il est bien acquis que la notion de restriction de concurrence « par objet » ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un *degré suffisant de nocivité* à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire (37).

118. Or, contrairement à l'interdiction absolue faite aux distributeurs agréés de recourir à Internet pour la distribution des produits contractuels, l'interdiction de recourir aux plateformes tierces n'est pas porteuse – du moins à ce stade de l'évolution du commerce électronique, qui est susceptible de changements à plus ou moins long terme – d'un tel degré de nocivité pour la concurrence.

119. En outre, et toujours pour les cas où il devrait être conclu que la clause litigieuse relève bien de l'article 101 TFUE et qu'elle est, par ailleurs, restrictive de concurrence, je rappelle qu'il aura encore lieu d'examiner si elle est susceptible de bénéficier d'une exemption au titre du paragraphe 3 de cet article, et notamment d'une exemption par catégorie en application du règlement n° 330/2010, comme nous y invitent les troisième et quatrième questions préjudicielles.

120. En effet, dans la mesure où, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, les seuils de part de marché prévus à l'article 3 du règlement n° 330/2010 ne sont pas dépassés, si le juge national devait conclure que la clause litigieuse n'est pas conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, celle-ci pourrait bénéficier d'une exemption au titre de l'article 2 dudit règlement (voir considérant 8 du règlement n° 330/2010). Toutefois, une telle éventualité ne serait en aucun cas possible si l'interdiction litigieuse constituait une restriction caractérisée, au sens de l'article 4 de ce même règlement.

121. Si le juge national devait donc arriver à la conclusion que l'interdiction de recourir à des plateformes tierces n'est pas soustraite à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et qu'elle est, a priori, restrictive de concurrence, la clause litigieuse du système de distribution sélective pourrait encore être justifiée en application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, soit sur la base du règlement d'exemption par catégorie éventuellement applicable, soit à la suite d'une analyse au cas par cas, qui vise précisément les cas d'exemption prévus par le règlement n° 330/2010.

Conclusion

122. Par conséquent, il est proposé de répondre à la deuxième question préjudicielle que, pour déterminer si une clause contractuelle portant interdiction faite à des distributeurs agréés d'un réseau de distribution d'avoir recours de façon visible à des plateformes tierces pour les ventes en ligne est ou non conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner si cette clause contractuelle est conditionnée par la nature du produit, si elle est fixée de façon uniforme et appliquée indifféremment et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.

Sur les troisième et quatrième questions : applicabilité de l'exemption par catégorie en vertu de l'article 4, sous b) et c), du règlement n° 330/2010

123. Par ses troisième et quatrième questions, la juridiction de renvoi interroge, en substance, la Cour sur le point de savoir si l'article 4 du règlement n° 330/2010 doit être interprété en ce sens que l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet constitue une restriction de la clientèle, au sens de l'article 4, sous b), dudit règlement et/ou une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), du même règlement.

124. En effet, bien que la juridiction de renvoi ait fait référence, dans le libellé de ses troisième et quatrième questions préjudicielles, à la problématique de l'identification de restrictions « par objet » de la clientèle et des ventes passives, ses interrogations portent en réalité, ainsi que cela est clairement mentionné dans la décision de renvoi, sur le point de savoir si, dans l'hypothèse où le système de distribution en cause serait considéré comme restrictif de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il pourrait néanmoins être exempté en vertu du règlement n° 330/2010.

125. Dès lors, se pose uniquement la question de savoir si la clause litigieuse peut être analysée comme une restriction de territoire et/ou de clientèle ou encore comme une restriction des ventes passives au sens du règlement n° 330/2010.

Considérations liminaires sur la portée et la ratio legis du règlement n° 330/2010

126. Ainsi que le mentionne le considérant 5 du règlement n° 330/2010, le bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par ce règlement doit être réservé aux accords verticaux « dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, [TFUE] ».

127. Pour déterminer si une restriction est de nature à bénéficier d'une exemption « par catégorie », les entreprises sont, tout d'abord, invitées à procéder à une première évaluation de l'accord litigieux en fonction notamment de certaines présomptions d'incompatibilité prévues par le règlement n° 330/2010.

128. L'article 4 du règlement n° 330/2010 dresse ainsi une liste de restrictions patentées, qualifiées de « restrictions caractérisées », en présence desquelles le bénéfice de l'exemption par catégorie doit être exclu.

129. Ainsi que la Cour l'a jugé, dès lors qu'une entreprise conserve la faculté, en toutes circonstances, de soulever, à titre individuel, l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, il n'y a pas lieu de donner une interprétation large aux dispositions qui font entrer les accords ou les pratiques dans l'exemption par catégorie (38).

130. Par ailleurs, à l'instar de l'approche défendue par la Commission, il convient, dans un souci de prévisibilité et de sécurité juridique, que les exceptions à l'exemption par catégorie visées notamment par l'article 4, sous b) et c), du règlement n° 330/2010 soient aisément identifiables et, partant, ne soient pas tributaires d'une analyse approfondie des conditions de marché et des effets restrictifs de concurrence observés sur un marché donné à un moment précis.

131. Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que l'objectif poursuivi par les règlements d'exemption adoptés sur le fondement du règlement n° 19/65/CEE (39) réside notamment dans la nécessité de permettre aux entreprises concernées d'autoévaluer la conformité de leurs comportements aux règles en matière de concurrence.

132. La poursuite de cet objectif serait mise à mal si, aux fins de qualifier les mesures adoptées par les entreprises d'accords verticaux ayant « pour objet » de restreindre certains types de vente au sens de l'article 4, sous b) et c), du règlement n° 330/2010, il était exigé que ces entreprises procèdent à un examen sophistiqué et approfondi des effets restrictifs de concurrence desdites mesures compte tenu de la situation du marché et de la position desdites entreprises.

133. Comme je l'ai précédemment mentionné, il faut bien distinguer l'exercice d'identification d'une « restriction de concurrence par objet », au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de la catégorisation, aux fins de l'application d'un règlement d'exemption par catégorie, de certains comportements de *restrictions caractérisées* – en l'occurrence celles visées à l'article 4, sous b) et c), du règlement n° 330/2010.

134. Il n'en reste pas moins que, 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.

135. À cet égard, il convient de rappeler que la distinction entre « infractions par objet » et « infractions par effet » tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même et compte tenu de l'expérience acquise, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence (40). Quant à la raison d'être de l'article 4 du règlement n° 330/2010, qui identifie un certain nombre de restrictions caractérisées, il repose sur l'idée, énoncée au considérant 10 de ce règlement, selon laquelle « les accords verticaux contenant certains types de restrictions graves de concurrence, comme l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ou certains types de protection territoriale, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement, quelle que soit la part de marché des entreprises concernées ».

136. Aussi, à l'instar de l'approche retenue dans l'identification d'une restriction par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il y aura lieu, pour déterminer si une clause contractuelle a « pour objet de restreindre » le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le distributeur peut vendre [article 4, sous b), du règlement n° 330/2010], ou les ventes actives ou passives du distributeur aux utilisateurs finals [article 4, sous c), de ce règlement], de se référer à la teneur des

dispositions contractuelles concernées et à leurs objectifs, examinés dans leur contexte économique et juridique immédiat. Je rappelle en effet que l'objectif de facilitation de l'exercice d'autoévaluation exigée des entreprises concernées serait compromis si, pour identifier les restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du règlement n° 330/2010, elles devaient procéder à un examen approfondi, au moyen notamment d'une analyse contrefactuelle, des effets des mesures envisagées sur la structure et les conditions de fonctionnement du ou des marchés concernés.

137. Par ailleurs, ainsi que la Commission l'a, à juste titre, relevé, il convient de souligner que tant l'article 4, sous b), du règlement n° 330/2010 que l'article 4, sous c), de ce règlement doivent, à l'instar des dispositions du règlement d'exemption par catégorie précédemment applicable, être envisagés dans le cadre de l'objectif plus global et fondamental visant à *lutter contre les phénomènes de cloisonnement des marchés*.

138. Ces dispositions doivent ainsi être comprises comme visant à exclure du bénéfice de l'exemption par catégorie certaines clauses contractuelles, qui visent à une restriction portant sur *le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle*, le distributeur peut vendre. En revanche, il me semble que ces mêmes dispositions ne sauraient être interprétées comme excluant de ce bénéfice des restrictions déterminant les modalités de vente des produits (41). Il importe, à mon sens, de rappeler que la tête d'un réseau de distribution sélective doit pouvoir bénéficier d'une grande liberté dans la définition des modalités de distribution de ces produits, qui sont autant d'éléments de stimulation de l'innovation et de la qualité des services rendus aux clients de nature à produire des effets pro-concurrentiels. Ainsi que l'énonce le point 54 des lignes directrices, dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie, le fournisseur peut dès lors imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin physique.

139. C'est à la lumière de ces précisions liminaires que je vais examiner successivement les troisième et quatrième questions préjudicielles.

Sur la troisième question : existence d'une restriction de la clientèle du détaillant

140. En vertu de l'article 4, sous b), du règlement n° 330/2010, l'exemption par catégorie prévue à l'article 2 de ce règlement ne s'applique pas aux accords « qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet [...] de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement ».

141. Ainsi que l'indique le point 50 des lignes directrices, sont visées par cette disposition les mesures de répartition de marché ou de clientèle, qui tendent à cloisonner les marchés.

142. En l'occurrence, rien dans la formulation de la clause litigieuse, qui interdit simplement aux distributeurs agréés de recourir de manière visible à des plateformes tierces, n'indique qu'elle doit être ainsi qualifiée.

143. Comme l'a mentionné le juge de renvoi, il n'est a priori pas possible d'identifier un groupe de clients ou un marché particulier auquel correspondraient les utilisateurs des plateformes tierces.

144. Or, une restriction de clientèle ou de marché ne peut, à mon sens, être identifiée que dans le cas où il apparaît que le distributeur agréé se trouve, du fait de l'interdiction litigieuse et en dépit du maintien de la possibilité d'accéder à ses produits au moyen de son propre site Internet, exposé à une perte de marché ou de clientèle.

145. S'agissant, tout d'abord, du *contenu* de la clause, elle impose que l'activité de vente par Internet soit réalisée par l'intermédiaire d'une vitrine électronique propre au magasin du détaillant ou sur un site tiers pourvu que cela ne soit pas visible. Cette clause exclut donc non pas toute vente en ligne, mais seulement une modalité parmi d'autres d'atteindre la clientèle au moyen d'Internet. Le contenu de la clause ne produit pas en tant que tel un effet de cloisonnement de marché.

146. Contrairement à la clause qui était en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), la clause litigieuse autorise l'utilisation d'Internet comme canal de distribution, pour autant que le détaillant exerce son activité de vente en ligne par l'intermédiaire d'une « vitrine électronique » du magasin agréé ou de manière non visible au moyen d'un site tiers et respecte un ensemble de dispositions afin de préserver le caractère luxueux des produits.

147. Ainsi que l'a mentionné la juridiction de renvoi, dans les faits, cette interdiction n'a pas empêché les distributeurs agréés de collaborer avec des tiers à des fins publicitaires sur Internet. Cette interdiction n'ayant pas empêché ces distributeurs en ligne d'être référencés sur Internet, les clients potentiels de ceux-ci auraient toujours été en mesure d'accéder, au moyen d'Internet, à l'offre des détaillants agréés, en utilisant par exemple des moteurs de recherche.

148. S'agissant, ensuite, de *l'objectif* déclaré de cette clause, il consiste dans la préservation du caractère luxueux des biens contractuels en imposant que l'activité de vente par Internet soit réalisée par l'intermédiaire d'une « vitrine électronique » du magasin du détaillant. Là encore, l'interdiction faite aux distributeurs agréés de recourir à des plateformes tierces de manière visible n'a, a priori, pas pour objet de cloisonner le marché en limitant le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le ou les distributeurs agréés sont habilités à vendre.

149. Enfin, en ce qui concerne *le contexte économique et juridique*, il ressort des informations soumises à la Cour, et notamment des résultats de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, que, à la différence des boutiques en ligne propres aux détaillants agréés, le recours aux places de marché ou aux plateformes tierces, bien que fort variable d'un pays à l'autre et d'un produit à l'autre, n'est pas nécessairement un canal de distribution important. L'interdiction faite aux détaillants de recourir à de telles plateformes n'est pas assimilable à une interdiction totale de vente en ligne en cause dans l'affaire *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

150. Par ailleurs, rien ne permet de conclure en l'espèce que la clause litigieuse a pour effet de partitionner les territoires ou de limiter l'accès à une certaine clientèle. Dans ce contexte, il n'a pas été établi, à ce stade de « l'expérience acquise », que les utilisateurs des plateformes tierces en cause constituaient, de manière générale et indépendamment des spécificités propres à un marché donné, une clientèle délimitable, de telle sorte qu'il peut être conclu que la clause litigieuse aboutit à une répartition de clientèle au sens de l'article 4, sous b), du règlement n° 330/2010.

151. Compte tenu de l'ensemble de ces considérations, il est proposé de répondre à la troisième question que l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet ne constitue pas une restriction de la clientèle du détaillant au sens de l'article 4, sous b), du règlement n° 330/2010.

Sur la quatrième question : existence d'une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals

152. Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande si l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010 doit être interprété en ce sens qu'une interdiction imposée aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, de recourir de façon

visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet constitue une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals.

153. Dans le prolongement des considérations que j'ai exposées plus haut, pour déterminer si la clause contractuelle litigieuse peut être analysée comme une clause ayant pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals, il convient de vérifier si cette clause peut être considérée, eu égard à sa teneur, à son objectif et au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère, comme étant intrinsèquement de nature à nuire à la réalisation des ventes passives, à savoir aux ventes qui font suite à des demandes non sollicitées émanant de clients individuels.

154. Je pense que rien ne permet de déduire du dossier soumis à la Cour que ladite clause doit être ainsi analysée.

155. Ainsi que je l'ai précédemment indiqué, la clause contractuelle litigieuse n'interdit pas toute vente en ligne, contrairement à celle visée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649). Elle autorise effectivement ce canal de distribution, pour autant que le distributeur vend les produits en cause par l'intermédiaire d'une vitrine électronique propre à l'entreprise agréée ou qu'il le fait de manière non visible sur un site tiers et qu'il respecte un certain nombre de dispositions destinées à préserver l'image de marque du fabricant.

156. À la lumière de ces considérations, il est suggéré de répondre à la quatrième question préjudicielle que l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet ne constitue pas une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010.

Conclusion

157. Eu égard aux développements qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions posées par l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main, Allemagne) de la manière suivante :

- 1) Les systèmes de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'« image de luxe » desdits produits constituent un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dans la mesure où les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous et appliqués de façon non discriminatoire pour tous les revendeurs potentiels, où la nature du produit en question, y compris de l'image de prestige, exige une distribution sélective afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage et où les critères établis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire.
- 2) Pour déterminer si une clause contractuelle portant interdiction faite à des distributeurs agréés d'un réseau de distribution d'avoir recours de façon visible à des plateformes tierces pour les ventes en ligne est ou non conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner si cette clause contractuelle est conditionnée par la nature du produit, si elle est fixée de façon uniforme et appliquée indifféremment et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.
- 3) L'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet ne constitue pas une restriction de la clientèle du détaillant au sens de

l'article 4, sous b), du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

- 4) L'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet ne constitue pas une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010.

1 Langue originale : le français.

2 Parmi les entités les plus connues, on mentionnera par exemple Amazon, eBay ou encore PriceMinister. Dans son rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, publié le 10 mai 2017 [COM(2017) 229 final], la Commission européenne a toutefois relevé que ce recours aux places de marché/platformes tierces joue un rôle plus important dans certains pays tels que l'Allemagne (62 % des détaillants ayant participé à l'enquête utilisent des places de marché), le Royaume-Uni (43 %) et la Pologne (36 %), par rapport à d'autres pays tels que l'Italie et l'Autriche (13 %) ainsi que la Belgique (4 %). Le rapport met également en évidence le fait que les plateformes tierces sont un canal de vente plus important pour les petits et moyens détaillants que pour les grands distributeurs.

3 Outre les décisions à l'origine du présent renvoi préjudiciel, on mentionnera, par exemple, les décisions adoptées précédemment par les juridictions et les autorités de la concurrence allemandes [voir, notamment, arrêts du Kammergericht Berlin (tribunal régional supérieur de Berlin, Allemagne), du 19 septembre 2013, dans l'affaire Scout (U 8/09 Kart), et de l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main), du 22 décembre 2015, dans l'affaire Deuter (U 84/14), ainsi que les décisions du Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence, Allemagne), du 27 juin 2014, dans l'affaire Adidas (B3-137/12), et du 26 août 2015, dans l'affaire ASICS (B2-98/11)] et françaises [voir, notamment, décision de l'autorité de la concurrence n° 14-D-07, du 23 juillet 2014, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs, et arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 février 2016, Caudalie (n° 15/01542)].

4 Selon le rapport de la Commission susmentionné, les systèmes de distribution sélective sont très répandus dans l'Union européenne et sont utilisés par de nombreux fabricants. Ils ne se limitent pas à une certaine catégorie de produits, mais sont très employés pour la distribution des produits de marque « de luxe », tels que les vêtements et les chaussures ainsi que les produits cosmétiques. Dans ce contexte, il apparaît que de nombreux distributeurs font état d'accords avec les fournisseurs en vue de restreindre l'accès à des marchés en ligne ou des plateformes tierces.

5 Règlement de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2010, L 102, p. 1).

6 Arrêt du 13 octobre 2011 (C-439/09, EU:C:2011:649).

7 JO 2010, C 130, p. 1, ci-après les « lignes directrices ».

[8](#) Voir arrêt du 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission* (26/76, EU:C:1977:167, point 21).

[9](#) Voir, notamment, arrêts du 25 octobre 1983, *AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission* (107/82, EU:C:1983:293, point 33), et du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique Pierre Fabre Dermo-Cosmétique Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649, point 40).

[10](#) Voir, notamment, article 1^{er}, sous e), du règlement n^o 330/2010.

[11](#) Arrêt du 13 juillet 1966 (56/64 et 58/64, EU:C:1966:41, p. 493).

[12](#) Voir, notamment, arrêt du 25 octobre 1983, *AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission* (107/82, EU:C:1983:293). Le point 38 de cet arrêt précise ainsi qu'« [u]ne pareille attitude de la part du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui [...] échapperait à l'interdiction [des ententes]. Elle s'insère [...] dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs ».

[13](#) On trouve déjà trace de cette attitude relativement souple à l'égard des accords de distribution exclusive dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 30 juin 1966, *LTM* (56/65, EU:C:1966:38).

[14](#) Voir arrêt du 25 octobre 1977 (26/76, EU:C:1977:167, point 20).

[15](#) Il a pu être souligné que les droits textuel et jurisprudentiel relatifs aux accords verticaux ont fait l'objet d'une véritable « fronde doctrinale » (voir, à cet égard, Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013).

[16](#) Parmi de nombreuses études, on mentionnera notamment Tirole, J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, 1988, notamment p. 186. L'auteur conclut notamment : « It seems important for economic theorists to develop a careful classification and operative criteria to determine in which environments certain vertical restraints are likely to lower social welfare ».

[17](#) En effet, dans sa décision *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* [551 US 877 (2007)], la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a abandonné la jurisprudence « *Dr. Miles* » qui jusqu'alors interdisait per se certaines restrictions verticales en consacrant expressément une « règle de raison ». Aux termes de cette décision, « [t]he Court has abandoned the rule of *per se* illegality for other vertical restraints a manufacturer imposes on its distributors. Respected economic analysts, furthermore, conclude that vertical price restraints can have procompetitive effects. We now hold that *Dr. Miles* should be overruled and that vertical price restraints are to be judged by the rule of reason ».

[18](#) Arrêt du 25 octobre 1977 (26/76, EU:C:1977:167).

[19](#) Voir, en ce sens, Waelbroeck, M., et Frignani, A., *Le droit de la CE – Concurrence*, Éditions de

l'Université de Bruxelles, collection « Commentaire J. Mégret », Bruxelles, 1997, p. 171.

[20](#) Voir, notamment, arrêts du 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission* (26/76, EU:C:1977:167, point 20), ainsi que du 11 décembre 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289, points 15 et 16). Voir, également, arrêt du 27 février 1992, *Vichy/Commission* (T-19/91, EU:T:1992:28, points 32 et suiv.).

[21](#) Arrêt du 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique Pierre Fabre Dermo-Cosmétique Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649, point 41 et jurisprudence citée).

[22](#) Voir notamment, en ce sens, arrêts du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission Dansk Rørindustri e.a./Commission Dansk Rørindustri e.a./Commission Dansk Rørindustri* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, EU:C:2005:408, point 211) ; du 14 juin 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, EU:C:2011:389, point 21), ainsi que du 13 décembre 2012, *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, points 24 à 31).

[23](#) Voir, notamment, arrêts du 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission* (26/76, EU:C:1977:167, points 20 et 21) ; du 11 décembre 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289, points 15 et 16) ; du 25 octobre 1983, *AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission* (107/82, EU:C:1983:293, point 35), ainsi que du 22 octobre 1986, *Metro/Commission* (75/84, EU:C:1986:399, points 37 et 40).

[24](#) Voir, notamment, arrêts du 12 décembre 1996, *Leclerc/Commission* (T-19/92, EU:T:1996:190, points 111 à 120), et du 12 décembre 1996, *Leclerc/Commission* (T-88/92, EU:T:1996:192, points 106 à 117).

[25](#) Voir, notamment, arrêts du 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission* (26/76, EU:C:1977:167, point 20), et du 25 octobre 1983, *AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission* (107/82, EU:C:1983:293, point 33).

[26](#) Voir, notamment, arrêt du 11 décembre 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289).

[27](#) Voir, notamment, arrêt du 12 décembre 1996, *Leclerc/Commission* (T-88/92, EU:T:1996:192, point 109).

[28](#) Voir en ce sens, notamment, arrêts du 23 mai 1978, *Hoffmann-La Roche* (102/77, EU:C:1978:108, point 7), ainsi que du 23 avril 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260, point 22 et jurisprudence citée).

[29](#) Voir, tout particulièrement, arrêt du 17 octobre 1990, *HAG GF* (C-10/89, EU:C:1990:359, point 13).

[30](#) Voir, notamment, arrêt du 23 avril 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260, points 24 à 28).

[31](#) Voir arrêt du 23 avril 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260, point 29).

[32](#) Il est renvoyé notamment aux exemples cités dans la note en bas de page 3 des présentes conclusions.

[33](#) L'autorité de la concurrence française avait notamment relevé, dans l'affaire au principal, que cette interdiction de vente par Internet équivalait à une limitation de la liberté commerciale des distributeurs de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique en excluant un moyen de commercialisation de ses produits. De plus, cette prohibition restreignait le choix des consommateurs désireux d'acheter par Internet et, enfin, empêchait les ventes aux acheteurs finals qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise « physique » du distributeur agréé.

[34](#) Arrêt du 13 octobre 2011 (C-439/09, EU:C:2011:649, points 41 et 43).

[35](#) Dans l'affaire au principal, il ressort du point 1.1 du contrat de distribution sélective conclu entre Coty Germany et Parfümerie Akzente que l'interdiction de recourir de façon visible aux plateformes tierces avait précisément pour objectif la préservation du « caractère luxueux » des produits contractuels.

[36](#) Voir, notamment, arrêts du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission Metro SB-Großmärkte/Commission (26/76, EU:C:1977:167) ; du 11 décembre 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289) ; du 25 octobre 1983, AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission AEG-Telefunken/Commission (107/82, EU:C:1983:293), et du 23 avril 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260).

[37](#) Voir, notamment, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 58).

[38](#) Arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique Pierre Fabre Dermo-Cosmétique Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, point 57).

[39](#) Règlement du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 1965, 36, p. 533).

[40](#) Voir, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, points 49 à 52 et jurisprudence citée, ainsi que point 57). La Cour a notamment précisé que le critère juridique essentiel pour déterminer si une coordination entre entreprises comporte une restriction de concurrence « par objet » réside dans la constatation qu'une telle coordination présente, en elle-même, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence.

[41](#) À l'instar de l'approche retenue dans le cadre de l'application des règles en matière de libre circulation des marchandises, il n'est notamment pas établi que les mesures litigieuses affectent plus

lourdement la commercialisation des produits provenant d'autres États membres (voir arrêts du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband* *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01, EU:C:2003:664, point 74, ainsi que du 2 décembre 2010, *Ker-Optika* *Ker-Optika*, C-108/09, EU:C:2010:725, point 54 et jurisprudence citée).