

L'interdiction de revente sur internet qualifiée de restriction caractérisée par l'avocat général de la CJUE

Dans ses conclusions présentées le 3 mars 2011, l'Avocat général de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) semble donner raison au Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) lequel avait estimé, dans sa décision n°08-D-25 du 29 octobre 2008, que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (ci-après « PFDC ») avait enfreint l'article L.420-1 du Code de commerce et l'article 81.1 TCE (article 101.1 TFUE) en interdisant, de manière générale et absolue, à ses distributeurs agréés de commercialiser ses produits sur Internet.

Aux termes des contrats de distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle Avène, Klorane, Galénic et Ducray, PFDC avait inséré une clause prescrivant que les ventes de ses produits devaient être impérativement réalisées dans le cadre d'un espace physique et en présence d'un diplômé en pharmacie^[1] ; ce qui excluait *de facto* la vente par Internet.

Petit rappel procédural du « feuillet » PFDC

a) La décision n°08-D-25 du Conseil de la concurrence (devenu depuis Autorité de la concurrence) à l'encontre de PFDC

A l'origine, le Conseil de la concurrence s'était saisi d'office, le 27 juin 2006, de pratiques mises en œuvre par onze entreprises dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Toutes les sociétés incriminées – à l'exception de PFDC – ont proposé des engagements consistant à modifier leurs contrats de distribution et introduire la possibilité pour leurs distributeurs agréés de vendre leurs produits sur Internet.

Par décision n°07-D-07 du 8 mars 2007, le Conseil de la concurrence a clôturé les procédures à l'encontre de 10 des producteurs sur la base des engagements pris mais a poursuivi la procédure contentieuse à l'encontre de PFDC.

Selon PFDC, le refus de la vente par Internet se justifie par la nature des produits conçus dans une optique de soins dont l'achat nécessite un conseil adapté par un pharmacien qualifié :

« la conception de ces produits nécessite le conseil d'un spécialiste pharmacien du fait de l'activité des produits développés dans une optique de soins (...) Nos produits répondent à des problématiques de peau particulières, comme des peaux intolérantes, avec un risque de réaction allergique. Nous considérons de ce fait que la vente sur Internet ne répondrait pas aux attentes des consommateurs et des professionnels de santé sur nos produits et par conséquent aux exigences que nous fixons dans nos conditions générales de vente ».

Le Conseil de la concurrence, faisant fi de l'argumentaire de PFDC, a jugé anticoncurrentielle *per se* la clause revenant à interdire, de manière générale et absolue, la vente sur Internet ; elle a condamné PFDC au paiement d'une amende de 17.000 euros en l'enjoignant de supprimer la clause litigieuse de ses contrats de distribution.

Ayant fait appel de la décision du Conseil de la concurrence le 24 décembre 2008, PFDC a obtenu de la Cour d'appel de Paris, en février 2009, le sursis à exécution des injonctions prononcées par le Conseil.

b) la Cour d'Appel de Paris exerce un véritable contrôle sur la décision du Conseil de la concurrence

Dans sa décision courageuse du 29 octobre 2009 (alors que la Commission européenne est intervenue spontanément à la procédure comme « amicus curiae » au soutien de l'Autorité de la concurrence), la Cour d'appel de Paris a néanmoins décidé de suspendre la procédure et de poser une question préjudicielle à la CJUE en considérant que :

1. ni les lignes directrices (lesquelles n'ont pas, à l'inverse des règlements, de valeur contraignante), ni l'avis de la Commission ne s'imposent à la juridiction nationale, et
2. bien que la Commission et le Conseil de la concurrence arrivent à la même conclusion (i.e. le caractère restrictif par objet de la pratique en cause), ils s'appuient sur des arguments différents.

La Cour a également souligné que les arguments soulevés par Pierre Fabre n'étaient pas sans fondement et étaient même « sérieux ».

Ce faisant, la Cour d'appel de Paris démontre qu'elle entend exercer un véritable contrôle, en toute indépendance, sur la décision du Conseil de la concurrence en sous-entendant qu'elle ne se ralliera pas, sans examen, à sa position et en pointant du doigt, de manière implicite, certaines incohérences dans le raisonnement de cette Autorité.

Comment cette dernière peut-elle, en effet, aboutir à qualifier de « restriction caractérisée » (infraction *per se*,

par objet) une clause interdisant la vente sur Internet :

- sur la seule base des lignes directrices lesquelles n'ont pas de valeur contraignante (rappelons à cet égard que, ni le règlement n° 1790/1999, ni le nouveau règlement 330/2010 ne liste expressément parmi les « clauses noires » l'interdiction de revente sur Internet ; seules les lignes directrices qui n'ont pas de valeur contraignante en font état) ; et alors même qu'elle a clôturé les procédures ouvertes à l'encontre des concurrents de PFDC, en contrepartie de simples engagements consistant en la modification d'une telle clause ; la Cour d'Appel de Paris semble, à cet égard, assez sensible aux contradictions relevées par PFDC dans le raisonnement du Conseil de la concurrence ; entre autres, le fait que, selon le Conseil, la clause litigieuse pourrait bénéficier d'une exemption si elle paraissait « *objectivement justifiée* » tout en considérant, dans le même temps, que cette même clause serait une infraction par objet (« *per se* ») insusceptible de prétendre à une quelconque exemption. De même, le fait que le Conseil de la concurrence ait accepté des engagements par les 10 autres producteurs s'agissant de la clause litigieuse et la faible sanction pécuniaire prononcée (17.000 euros) sont incompatibles avec la qualification d'infraction *per se*.

La question préjudicielle posée à la CJUE vise donc à savoir si, en l'absence de texte ayant valeur législative sur ce point, « *l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 §1 du Traité CE* », privative en toute hypothèse du bénéfice de toute exemption.

La Cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer en attendant la décision de la CJUE.

Le contenu des conclusions de l'Avocat général

Dans ses conclusions du 3 mars 2011, l'Avocat général scinde la question préjudicielle posée par la Cour d'Appel de Paris en trois sous-questions distinctes :

1. une interdiction générale et absolue de revendre sur Internet des produits contractuels aux utilisateurs finaux, imposée à des distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, a-t-elle pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81§1 (article 101§1 TFUE) ?
2. Si tel est le cas, une telle restriction peut-elle bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement 2790/1999 ?
3. Dans l'hypothèse où une telle pratique ne pourrait bénéficier d'une exemption catégorielle, la restriction en cause peut-elle faire l'objet d'une exemption individuelle au sens de l'article 81§3 TCE (ou 101§3 TFUE) ?

Au terme de ses conclusions très développées, l'Avocat général répond de la manière suivante aux trois questions précitées :

- d'une part, l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet imposée aux distributeurs agréés

dépasse les restrictions inhérentes à tout accord de distribution sélective et est disproportionnée, eu égard à ce qui est objectivement nécessaire à la protection des qualités matérielles, mais aussi à l'aura ou l'image des produits. Cette interdiction a donc pour objet de restreindre la concurrence au regard de l'article 81§1.

- D'autre part, cette interdiction absolue est une restriction caractérisée en ce qu'elle limite les ventes actives et passives au sens de l'article 4 c) du règlement 2790/1999 et ne saurait bénéficier d'une exemption catégorielle.
- Enfin, un accord contenant une telle interdiction générale et absolue de vente sur Internet est susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle sous réserve de remplir les quatre conditions cumulatives prescrites à l'article 81§3 TCE.

Observations finales

Si elles rejoignent en substance la décision du Conseil de la concurrence, les conclusions de l'Avocat général, Jan Mazak, ne lient pas la CJUE qui devrait rendre prochainement sa décision. Cette décision est très attendue, dans la mesure où, dépassant la dimension franco-française de l'affaire, elle devrait avoir un impact sur les modalités de distribution des produits en Europe, notamment via Internet.

Selon certains auteurs, la prohibition absolue de l'interdiction de revente sur Internet pourrait porter préjudice à la distribution sélective en favorisant la vente sur Internet au détriment des distributeurs qui vendront surtout en magasin, sachant que l'agencement d'un magasin est plus coûteux que la vente en ligne.

Quand bien même la CJUE rendrait une décision confirmant les orientations de l'Avocat général, il ne faudra pas oublier les quelques possibilités résiduelles existantes laissées à l'animateur d'un réseau de distribution sélective pour limiter, à tout le moins, les ventes de ses produits par Internet :

- Le fournisseur peut encore imposer des normes de qualité à la revente par Internet : *« 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 »* (point 54 des lignes directrices 330/2010).
- Le fournisseur peut encore exclure les « pure players » de la vente sur Internet : le fournisseur peut *« exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution »*. Le fournisseur peut même exiger, pour que cette exigence ne reste pas fictive, un certain pourcentage de chiffre d'affaires ou un volume de ventes minimum à réaliser dans le point de vente physique.
- Le fournisseur peut aussi limiter les ventes de ses distributeurs à des utilisateurs : il peut exiger que *« ses distributeurs ne vendent pas plus d'une certaine quantité de produits contractuels à un utilisateur final individuel. Une telle exigence peut devoir être plus stricte pour les ventes en ligne s'il est plus aisé pour un distributeur non agréé d'obtenir les produits par Internet »*.

[1] L'article 1.1 des conditions générales des contrats de distribution PFDC stipule que chaque distributeur doit « justifier de la présence physique et permanente dans son point de vente, et pendant toute l'amplitude horaire de celui-ci, d'au moins une personne spécialement qualifiée par sa formation pour [...] conseiller instantanément sur le point de vente le produit de [PFDC] le plus adapté au problème spécifique d'hygiène et de soin, notamment de la peau et des phanères, qui lui est soumis. Cette personne doit être titulaire, pour ce faire, du diplôme de pharmacien délivré ou reconnu en France ». Aux termes de l'article 1.2, les produits ne peuvent être vendus que « dans un point de vente matérialisé et individualisé ».

Soulier Bunch est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, visitez soulierbunch.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.