

## FLASH CONCURRENCE N° 11

La Cour d'appel de Paris vient de rendre à quelques jours d'intervalle deux arrêts particulièrement importants en droit de la concurrence, sur lesquels il convient de revenir tant leurs implications sont grandes et significatives de l'évolution de la position adoptée jusqu'à présent par les magistrats de la Cour d'appel de Paris :

- Arrêt du 29 octobre 2009 : affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétique
- Arrêt du 10 novembre 2009 : affaire dite des « Parfums »

Par Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

### Vente sur Internet et distribution sélective : la Cour d'appel de Paris interroge la CJCE

La Cour d'appel de Paris ne semble pas souhaiter suivre aveuglément l'Autorité de la concurrence et la Commission Européenne sur cette question, ô combien d'actualité, de la possibilité de limiter les ventes sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective.

Saisie du recours de la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique à l'encontre d'une décision n° 08-D-25 rendue le 29 octobre 2008 par le Conseil de la concurrence, lequel a considéré que l'interdiction de principe de vendre sur Internet faite aux distributeurs agréés est constitutive d'une entente anti-concurrentielle prohibée, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 29 octobre 2009, a renvoyé l'affaire devant la Cour de justice des Communautés Européennes :

« aux fins de dire si l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs fi-

nals 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 échappant à l'exemption par catégorie prévue par le Règlement n°2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 § 3 du traité CE ».

Il s'agit là d'un tournant décisif dans l'élaboration des règles de concurrence relatives à la distribution sur Internet, à un moment où les lignes directrices de la Commission Européenne sur les restrictions verticales sont en cours de finalisation.

Souvenons-nous qu'en 2006, le Conseil de la concurrence s'était saisi d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

La presque totalité des sociétés alors mises en cause avait accepté d'entrer dans une procédure d'engagements afin de modifier

dans le sens souhaité par le Conseil les clauses de leurs contrats de distribution sélective pour que les exigences aux restrictions posées par lesdits contrats soient strictement proportionnelles au but recherché et donc objectivement justifiées.

Seule, à l'époque, la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, commercialisant les marques Klorane, Avène, Ducray et Galénic, avait refusé de s'engager dans la voie suivie par les autres sociétés et avait décidé de défendre, devant le Conseil de la concurrence, les clauses de son contrat visant à exiger que ses produits soient vendus « *dans un point de vente matérialisé et individualisé* », chaque distributeur devant « *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 [...]. Cette personne doit être titulaire, pour ce faire, du diplôme de pharmacien délivré ou reconnu en France* ».

C'était donc bien le principe même d'une interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre sur Internet qui était défendu, courageusement il faut le relever, par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.

➤ Position de la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique :

Nous résumerons ci-après ses principaux arguments :

- la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique défendait l'idée que, selon sa lecture de l'article 4 c) du règlement CE n°2790/1999, l'animateur d'un réseau conserve le droit d'interdire des ventes par un distributeur agréé « *à partir d'un lieu d'établissement non autorisé* », afin que les critères posés par le réseau ne soient pas contournés. Elle en concluait que l'interdiction de vendre sur Internet était précisément couverte par cette exception, Internet étant en l'occurrence un établissement non autorisé puisque virtuel ;

- déniait toute valeur juridique aux lignes directrices de la Commission Européenne, la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique exposait que si l'interdiction de vendre sur Internet était une restriction caractérisée au sens du règlement, aucune justification ne serait admise dans les lignes directrices au stade de l'examen des conditions du paragraphe 1 de l'article 81. Or, au point 51, celles-ci disposent que « *l'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée* » ;

- à supposer même l'interdiction de vente par Internet constitutive d'une pratique restrictive caractérisée, il incombait à l'Autorité de la concurrence de démontrer l'objet ou l'effet de la pratique grâce à un examen individuel de celle-ci, ce qui n'a pas été fait en l'espèce ;

- la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ajoutait que, compte tenu du maillage exceptionnel et homogène constitué par les points de vente physiques de ses distributeurs (23.000), tous les consommateurs de ses produits et qu'ainsi, la pratique était dépourvue de tout effet sur la concurrence intra-marque.

➤ Position du Conseil de la Concurrence :

Aucun de ces arguments n'avait été retenu par le Conseil de la concurrence qui avait construit son raisonnement de la manière suivante :

- 1) Les accords restrictifs de concurrence peuvent restreindre la concurrence par leur objet ou par leurs effets, la démonstration de l'objet anticoncurrentiel dispensant de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels ;
- 2) Selon l'article 21 des lignes directrices de la Commission concernant

l'application de l'article 81 § 3 du traité CE (2004/C 101/08) : « Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire. Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81 § 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché. Cette présomption repose sur la gravité de la restriction et sur l'expérience qui démontre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence [...] » ;

3) Selon l'article 23 des lignes directrices précitées « en règle générale, la Commission considère comme des restrictions par objet celles qui sont interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou sont définies comme étant des restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications » ;

4) L'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre les produits du groupe Pierre Fabre par Internet priverait ceux-ci de la faculté de prospecter des clients par l'envoi de messages et de satisfaire à des demandes non sollicitées adressées sur leur site. Cette pratique équivaut donc à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs. En conséquence, pratiquée au sein d'un réseau de distribution sélective, elle constitue en vertu du c) de l'article 4 du règlement, une restriction caractérisée au sens du règlement d'exemption et constitue donc une **restriction de concurrence par objet**, sans qu'il soit nécessaire de démontrer plus en détail en quoi cet objet est

restrictif de concurrence ni d'analyser les effets de la pratique en cause.

Et sur les moyens soulevés par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique tels que rappelés ci-dessus, le Conseil de la concurrence répondait :

- qu'un site Internet n'est pas un lieu de commercialisation, mais un moyen de vente alternatif,
- que s'il est exact que les lignes directrices de la Commission ne sont pas contraignantes pour les juridictions ou les autorités de concurrence des Etats membres, elles constituent des guides d'analyse utiles,
- que les justifications admises au point 51 des lignes directrices de la Commission à l'interdiction de vente par Internet ne sont prévues que pour la distribution exclusive,
- que l'interdiction de vente sur Internet étant une restriction de concurrence par objet, point n'est besoin d'analyser les effets concrets des pratiques en cause.

Reconnaissant enfin à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique le droit de revendiquer une exemption individuelle sur le fondement de l'article 81 § 3 du traité CE, le Conseil a considéré que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique n'avait pas fait la démonstration que les conditions prévues par ce texte étaient réunies.

Dans le cadre du recours intenté par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique devant la Cour d'appel de Paris, la Commission Européenne a jugé suffisamment importante cette question pour intervenir spontanément en tant qu'*amicus curiae* et présenter des observations en application de l'article 15 § 3 du Règlement n° 1/2003 afin d'assister la Cour d'appel dans sa décision et d'assurer ainsi une mise en œuvre cohérente des règles de concurrence communautaires.

➤ Position de la Commission Européenne :

Mises à part quelques divergences sur certains points, la position de la Commission rejoint celle de l'Autorité de la concurrence en ce qu'elle considère effectivement que l'interdiction de vendre sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue une restriction caractérisée de concurrence par objet au sens de l'article 81 § 1 du traité CE.

Eclairant le point 51 de ses lignes directrices lequel dispose que : « *L'interdiction catégorique de vente sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée* », la Commission contredit en revanche l'Autorité de la concurrence qui avait estimé que ce point ne se référait qu'à la distribution exclusive, ce qui était particulièrement contestable.

La Commission Européenne faisant référence au point 18.2) de ses lignes directrices concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité CE, expose qu'une interdiction de vendre en ligne des produits contractuels ne sera pas considérée comme une restriction caractérisée si, par exemple, cette interdiction est exigée par une législation nationale ou communautaire impérative qui vise à protéger l'ordre public pour des raisons liées à la sécurité ou à la santé des consommateurs, ou toute autre considération liée à la protection de l'ordre public ; à l'inverse, si la distribution des produits contractuels n'est pas réglementée, la Commission estime que c'est seulement dans des circonstances exceptionnelles qu'une justification objective d'une restriction caractérisée pourra être avancée.

La Commission précise que la notion de « *justification objective* » est d'application stricte : elle vise à enlever à une pratique restrictive la qualification de restriction caractérisée de la concurrence et elle ne sert pas à se substituer à l'analyse des gains d'efficacité d'un accord restrictif de la concurrence qui doit être faite au titre de l'article 81 § 3 en vue d'une exception individuelle.

Ainsi, pour la Commission comme pour l'Autorité de la concurrence, le point 51 de ses lignes directrices ne retire pas à l'interdiction de vente sur Internet son caractère de restriction de la concurrence par objet, les deux institutions ayant finalement la même interprétation.

➤ Position de la Cour d'appel de Paris :

Si on peut rejoindre en partie la Commission et l'Autorité de la concurrence dans leur démonstration, il reste qu'une faille importante subsiste dans leur raisonnement : **l'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre sur Internet n'est pas une restriction caractérisée expressément prévue par le règlement n° 2790/1999.**

Ainsi, cette qualification de restriction caractérisée ne ressort que des lignes directrices de la Commission Européenne que fait siennes l'Autorité de la concurrence et ce procédé, d'ailleurs repris par la Commission dans son projet de nouvelles lignes directrices, reste vivement critiqué.

Or, comme le relève à juste titre la Cour d'appel de Paris : « *ni les lignes directrices de la Commission, ni l'avis de cette autorité donné au titre de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003 ne présentent un caractère contraignant pour les juridictions nationales* ».

Ce n'est donc pas parce que la Commission écrit dans ses lignes directrices que l'interdiction de vente sur Internet est une restriction caractérisée, sans l'avoir précisé dans aucune disposition d'ordre réglementaire, qu'elle doit être suivie sans discussion par les juridictions nationales.

Or, la question est d'importance car si l'interdiction de vendre sur Internet n'est pas considérée comme une restriction caractérisée, alors il faut démontrer, c'est-à-dire prouver (et non seulement affirmer...) qu'elle est une restriction par objet si on veut se défendre de vouloir en analyser les effets concrets sur le marché.

On rappellera que le point 22 des lignes directrices de la Commission Européenne concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité CE précise :

« La question de savoir si un accord a pour objet de restreindre la concurrence ou non est fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment de la teneur de l'accord et de ses buts objectifs. Il peut également s'avérer nécessaire d'examiner le contexte dans lequel il est (doit être) appliqué ainsi que la conduite et le comportement effectif des parties sur le marché. En d'autres termes, avant de pouvoir déterminer si une restriction donnée a pour objet de restreindre la concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'examiner les faits sur lesquels repose l'accord ainsi que les circonstances spécifiques dans lesquelles il fonctionnera ... ».

Ainsi, il ne suffirait pas alors à l'Autorité de la concurrence ou à la Commission de dire que l'interdiction de vendre sur Internet est une restriction caractérisée mais leur imposerait de pouvoir démontrer qu'il s'agit d'une restriction par objet, d'analyser a minima le contexte juridique et économique dans lequel s'inscrit l'accord en cause et de procéder ainsi à une analyse *in concreto* de son objet anticoncurrentiel.

A défaut, c'est bien sûr sur les effets que la démonstration doit porter.

C'est pourquoi, sur l'utilité d'un renvoi préjudiciel, la Cour d'appel de Paris précise que :

« Dans le silence du règlement n° 2790/1999 sur l'interdiction de la vente en ligne et au regard du caractère sérieux des moyens soulevés par la société PFDC, se pose la question de savoir si l'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 constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 § 1 du traité CE échappant

*à l'exemption par catégorie prévue par le Règlement n° 2790/1999 mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 § 3 du traité CE* ».

La cour d'appel de Paris a sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se soit prononcée sur ce point et nous ne pouvons donc qu'attendre désormais avec impatience la décision qui sera rendue par celle-ci.



**La Cour d'appel de Paris annule l'intégralité de la décision « Parfums » compte tenu de la durée excessive de la procédure, celle-ci remontant aux années 1998 et 1999 !**

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 novembre 2009, sous la présidence de son Premier Président, Monsieur Jean-Claude Magendie, restera incontestablement dans les annales !

Ce n'est ni plus, ni moins, que la fameuse décision n° 06-D-04 bis du 13 mars 2006, plus connue sous le nom d'« affaire des parfums » ayant sanctionné une entente sur les prix pratiqués dans le secteur de la parfumerie de luxe, à l'égard de treize fabricants de parfums et de trois chaînes nationales de distribution – rappelons que la condamnation pécuniaire s'élevait à plus de 45 millions d'euros ! – qui a été annulée, en totalité, par la Cour d'appel de Paris.

**Le motif de cette annulation : la durée excessive de la procédure suivie !**

On lira avec intérêt l'argumentation développée par les magistrats de la Cour d'appel de Paris qui, après avoir rappelé les principes régissant la durée raisonnable d'un procès équitable, affirme que la durée excessive de la phase administrative d'enquête peut avoir une incidence directe sur les possibilités futures de défense des entreprises concernées, « notamment en diminuant l'efficacité des droits de la défense dans la

**phase ultérieure d'instruction et dans la phase finale de décision de l'autorité** » !

Dans cette affaire, il convient de rappeler que ce n'est pas moins de quatre années et demi qui se sont écoulées entre la réception du rapport administratif d'enquête le 19 septembre 2000 et la notification des griefs aux entreprises mises en cause devant le Conseil de la concurrence à l'époque, les cent dix sept procès-verbaux de déclarations et communication de pièces que les agents de la DGCCRF avaient dressés auprès des trois grandes chaînes de distribution et de différents distributeurs indépendants, remontant à la période de juin/octobre 1999, ces relevés de prix n'ayant pas été communiqués aux fabricants, ni aux chaînes de distribution en cause, avant la notification des griefs quelques six années plus tard, avec en tout et pour tout deux mois pour répondre à la notification de griefs.

La Cour ne laisse pas passer un tel dysfonctionnement et le sanctionne très sévèrement :

*« Considérant que relativement à la part de l'Autorité dans cette charge probatoire, il faut souligner qu'elle pourrait consister à exiger des entreprises une preuve négative, voire impossible, de "ce qu'elles auraient dû faire ou conserver" et que donc l'Autorité de la concurrence doit contribuer, pour éclairer la Cour, à expliciter en quoi les entreprises étaient précisément averties de l'enquête en cours et devaient prendre diverses dispositions en conséquence, ou éventuellement en quoi cette enquête devait, par exception au principe sus-énoncé, rester secrète ;*

*Que notamment, il ne suffirait pas pour l'Autorité de rappeler, en général ou en l'occurrence, que les entreprises avaient ou auraient dû avoir vent d'investigations, ou qu'elles avaient été sollicitées par circulaire, pour se convaincre qu'elles avaient été mises en possession de leurs droits et en mesure de réunir les contre preuves précises de nature à répondre à des accusations qu'elles ne connaissaient pas encore ;*

*Que de même, la complexité de l'affaire (paragr. 372 de la Décision auquel renvoient les Observations de l'ADLC citant plusieurs arrêts de la Cour) - qui doit être analysée plus précisément comme l'énormité du dossier de pièces, l'astuce des procédés frauduleux ou la nouveauté de la législation applicable -, est très relative en l'espèce comme le montre le délai très court de la deuxième phase de la procédure (six mois d'instruction avec refus de prolongation, et deux mois à peine après réception des mémoires des entreprises), et ne suffirait de toute façon pas, selon la jurisprudence évoquée précédemment, à justifier le secret et à mettre ainsi en échec les droits de la défense ;*

*Qu'enfin, il n'est pas permis d'affirmer que les difficultés opposées à l'exercice des droits de la défense n'auraient pas été "irrémediables" (selon les observations de l'ADLC, pp 7-9), au seul motif ambigu et par trop abstrait tiré de l'abondance d'arguments des entreprises devant l'organe décisionnel de l'Autorité ou devant la Cour. »*

Ce que la Cour vient surtout sanctionner et mettre très clairement en relief, c'est l'impossibilité pour les parties mises en cause de pouvoir se défendre plus de six ans après les faits constatés et notamment de ne pas pouvoir répondre aux relevés de prix qui avaient été pratiqués en 1999.

Comment les entreprises auraient-elles pu contester ces relevés de prix, les traces supposées d'évocation de prix entre fabricants et distributeurs, les comptes-rendus de propos tenus par les représentants des distributeurs et enfin l'élaboration téléologique d'un « prix public imposé » en contemplation d'un multiplicateur (1.97) du prix de vente au distributeur et en retenant un taux de docilité comme suffisamment significatif de l'entente de 80 %, plus de six ans après ?

La Cour en conclut logiquement qu'« en somme, devant l'accusation d'une entente verticale généralisée reposant sur la communication ou la connaissance de prix conseillés ou indicatifs, sur l'acquiescement des distri-

buteurs et sur une "police" des prix assurée par les fabricants à leur profit, les entreprises mises en cause auraient dû réunir dès 1999 une masse d'informations que non seulement elles avaient légitimement égarées, mais dont elles ont jusqu'au dernier moment ignoré la nature exacte ».

La Cour considère donc que « *l'atteinte irremédiable, effective et concrète aux droits de la défense, par le dépassement d'un délai raisonnable entre la date des comportements reprochés et le jour où les entreprises ont su qu'elles auraient à en répondre est démontrée* », ce qui conduit à « *l'annulation non de l'enquête, qui échappe en elle-même et en bonne part à ces exigences, mais de l'instruction et de la décision prononcée par le Conseil de la concurrence le 13 mars 2006 qui n'ont pas respecté les exigences d'un procès équitable* ».

Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris pourrait ainsi ouvrir la voie à beaucoup plus d'exigence sur la durée des procédures relevant du droit de la concurrence.



### Quelques informations :

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
  - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.] ;
- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003 et de la réforme actuelle du règlement 2790/1999 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;
- ☞ **A la définition des pratiques anti-concurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées

et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008** ;

- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics** ;
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008** : jeux - concours - loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.]
- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et

contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

\* \* \*

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires** : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010**, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la **négociation commerciale** : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les **services de coopération commerciale**, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle**.

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site [www.mgavocat](http://www.mgavocat)**