



Grall & Associés  
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust  
Alliance

# La Lettre du Cabinet

Octobre 2011

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

Trophée d'argent 2011 – Droit de la distribution

## FLASH CONCURRENCE N° 17

### Vente sur Internet et distribution sélective : la CJUE répond à la Cour d'appel de Paris

Par *Nathalia Kouchnir-Cargill*

Par arrêt en date du 13 octobre 2011, la Cour de Justice de l'Union européenne a répondu à la question préjudicielle posée par la Cour d'appel de Paris dans sa décision du 29 octobre 2009, par laquelle celle-ci avait saisi la CJUE : « aux fins de dire si l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposés 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, ne pouvant bénéficier que d'une exemption individuelle en application de l'article 81 § 3 du traité CE ».

Nous rappellerons que la Cour d'appel de Paris avait été saisie du recours formé par 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 avait considéré que l'interdiction de principe de vendre sur Internet faite aux distributeurs agréés du réseau était constitutive d'une entente concurrentielle prohibée et plus précisément, d'une restriction de la concurrence par

objet, ne pouvant par ailleurs bénéficier d'une quelconque exemption.

La décision de la Cour de justice était attendue avec impatience tant la question de la distribution sur Internet se situe au cœur des préoccupations des entreprises.

Il s'agissait en l'occurrence de déterminer si on doit effectivement considérer une interdiction de revendre sur Internet comme une restriction par objet, cette qualification dispensant alors de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels et donc d'analyser les effets concrets des pratiques en cause.

Nous rappellerons que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique soutenait notamment de son côté que, compte tenu du maillage exceptionnel et homogène constitué par les points de vente physiques de ses distributeurs (23.000), tous les consommateurs avaient accès aux revendeurs de ses produits et qu'ainsi, la pratique était dépourvue de tout effet anticoncurrentiel.

La question de l'objet anticoncurrentiel était donc cruciale.

Au point 21 de ses lignes directrices du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité, la Commission considère que : « *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 d'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 montre 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* ».

En l'espèce, dispose-t-on de l'expérience nécessaire pour avoir la certitude que les restrictions à la distribution sur Internet sont par hypothèse susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché ?

On ne peut qu'en douter, d'où l'intérêt de la question soumise par la Cour d'appel de Paris à la Cour de justice de l'Union européenne.

Cependant, la décision rendue par celle-ci le 13 octobre dernier nous donne l'impression d'être revenus à la case départ.

La Cour commence son raisonnement par rappeler qu'« *aux fins d'apprécier si la clause contractuelle en cause comporte une restriction de concurrence "par objet", il convient de s'attacher à la teneur de la clause, aux objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère* », et ce conformément à une jurisprudence constante et à ce que la Commission confirme elle-même au point 22 de ses lignes directrices susvisées sur les conditions d'application de l'article 81 § 3 du traité CE. On pouvait donc s'attendre à ce qu'une telle démonstration soit faite.

Mais l'élan de la Cour s'arrête là, puisqu'elle considère de façon lapidaire juste après que « *la clause contractuelle en cause, en excluant de facto un mode de commercialisation des produits ne requérant pas le déplacement physique du client, réduit considérablement la possibilité d'un distributeur agréé de vendre les produits contractuels aux*

*clients situés en dehors de son territoire contractuel ou de sa zone d'activité. Elle est donc susceptible de restreindre la concurrence dans ce secteur* ».

Le postulat est ainsi posé, mais sans que l'on ait pour autant une quelconque démonstration sur le cas concret soumis à la Cour.

Celle-ci poursuit ensuite, par un raisonnement manquant à notre sens de la rigueur qui se serait imposée compte tenu de l'importance du sujet, en indiquant que la clause en cause ne peut pas plus être justifiée par un objectif légitime.

Et sur ce point, la Cour de confirmer la position qui était la sienne dans le cadre de la vente de médicaments non soumis à prescription médicale et de lentilles de contact par laquelle elle avait d'ores et déjà considéré que l'argument relatif à la nécessité de fournir un conseil personnalisé au client et d'assurer la protection de celui-ci contre une utilisation incorrecte des produits ne pouvait justifier une interdiction de vendre par Internet.

Il est certain que ce que la Cour avait refusé pour les médicaments non soumis à prescription ou pour les lentilles de contact pouvait difficilement être accepté par elle pour les produits dermo-cosmétiques.

De même, elle confirme que l'objectif visant à préserver l'image de prestige de la marque ne peut constituer non plus un objectif légitime pour restreindre la concurrence.

Elle en conclut que la clause qui lui était soumise constitue bien une restriction de concurrence par objet au sens des dispositions de l'article 101 § 1 du TFUE si elle n'est pas objectivement justifiée, ce qu'elle considère comme étant le cas en l'occurrence.

La Cour de justice se penche dans un second temps sur la possibilité pour la disposition litigieuse de bénéficier d'une exemption par catégorie ou d'une exemption individuelle.

Sans surprise, la Cour de justice rejette l'idée d'une exemption par catégorie dans la mesure où elle considère que l'interdiction de vendre sur Internet tombe sous l'effet de l'article 4 c) du Règlement 2790/1999 (aujourd'hui n°330/010), lequel refuse le bénéfice de l'exemption aux accords qui ont pour objet la restriction des ventes actives ou des ventes

passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective.

Dans la mesure où une clause interdisant la vente sur Internet a pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals, elle ne peut bénéficier d'une exemption par catégorie conformément à ce que prévoit l'article 4 c) susvisé.

La Cour termine enfin en indiquant que, bien évidemment, la clause en question pourrait bénéficier d'une exemption individuelle en application des dispositions de l'article 101 § 3 du TFUE mais s'empresse d'indiquer qu'elle ne dispose pas des éléments nécessaires pour apprécier si en l'espèce, les conditions en sont réunies et renvoie donc la Cour d'appel de Paris à vérifier si tel est le cas.

Tout reste donc à faire pour la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique et on peut espérer que la Cour d'appel de Paris prendra en compte la nouvelle orientation de la Commission européenne dans ses lignes directrices du 19 mai 2010 qui ouvrent, à ses points 47 et 60, la porte au rachat des restrictions caractérisées de concurrence en affirmant expressément que les entreprises ont la possibilité de se défendre, dans un cas individuel, en faisant valoir des gains d'efficacité, conformément à l'article 101 § 3.

Espérons que la Cour d'appel de Paris fera en sorte que ces louables annonces d'assouplissement soient suivies d'effet et ne restent donc pas de simples vœux pieux !

Affaire à suivre ....



### Quelques informations :

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

- ☞ A la négociation commerciale 2012 et aux évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;
- ☞ A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions par-

ticulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « Trois fois net » comme 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 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 l'Autorité de la concurrence [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
- ☞ A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;
- ☞ A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;
- ☞ A la définition des pratiques anticoncurrentielles aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [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 l'Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;

- ☞ 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 ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / Les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;
  - ☞ Aux promotions des ventes [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, 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 / NIP ;

- ☞ Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, 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 + Contrat de mandat (NIP) ;
- ☞ Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;
- ☞ Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques anti-trust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise.
- ☞ Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « *Do and don't* » !

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