

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 701 : Les comportements collusifs entre entreprises : les ententes anticoncurrentielles : Cas pratique

Linda ARCELIN

Table des matières



Faits :

Un fabricant de produits de luxe distribue ceux-ci par le biais d'un réseau de distribution sélective. Dans le contrat, est insérée une clause interdisant la revente des produits contractuels par internet.

Que pensez-vous de cette clause ?

En savoir plus : Correction

Le Règlement n° [2022/720](#) du 10 mai 2022, développant le principe précédent et confirmant la jurisprudence Fabre et Coty (ci-après) interdit au fournisseur « d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels, étant donné que cela restreint le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, les biens ou services contractuels peuvent être vendus au sens des points b), c) ou d) du présent article, sans préjudice de la possibilité d'imposer à l'acheteur :

i) d'autres restrictions des ventes en ligne ; ou

ii) des restrictions de la publicité en ligne qui n'ont pas pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un canal de publicité en ligne » (art. 4 e). Les lignes directrices viennent préciser l'interdiction (§ 203 et suiv.).

La vente par internet ne saurait donc être interdite purement et simplement par le fournisseur. Il convient par ailleurs de déjouer les interdictions implicites c'est-à-dire des clauses autorisant textuellement la vente par internet des produits contractuels mais les prohibant dans les faits.

Comme l'expose la Commission européenne au point 204 de ses Lignes directrices, « des restrictions caractérisées spécifiquement liées aux ventes en ligne peuvent également résulter d'obligations directes ou indirectes. Outre une interdiction directe de l'utilisation de l'internet pour vendre les biens ou services contractuels, les exemples suivants concernent des obligations qui ont indirectement pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique au sens de l'article 4, point e), du règlement (UE) 2022/720 :

a) exiger que l'acheteur empêche les clients situés sur un autre territoire de consulter son site internet ou sa boutique en ligne ou qu'il redirige les clients vers la boutique en ligne du fabricant ou d'un autre vendeur. Toutefois, obliger l'acheteur à proposer des liens vers les boutiques en ligne du fournisseur ou d'autres vendeurs ne constitue pas une restriction caractérisée ;

b) exiger que l'acheteur mette fin aux transactions en ligne des consommateurs lorsque les données de leur carte de crédit indiquent une adresse qui n'est pas sur le territoire de l'acheteur¹²⁶ ;

c) exiger que l'acheteur vende les biens ou services contractuels uniquement dans un espace physique ou en la présence physique d'un personnel spécialisé¹²⁷ ;

d) exiger que l'acheteur demande l'autorisation du fournisseur avant d'effectuer des transactions individuelles de vente en ligne ;

e) interdire à l'acheteur d'utiliser les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur sur son site internet ou dans sa boutique en ligne ;

f) interdire à l'acheteur de créer ou d'exploiter une ou plusieurs boutiques en ligne, que celle-ci soit hébergée sur son propre serveur ou sur un serveur tiers¹²⁸ ;

interdire à l'acheteur d'utiliser entièrement un canal de publicité en ligne, tel que des moteurs de recherche ou des services de comparaison de prix, ou des restrictions qui interdisent indirectement d'utiliser entièrement un canal de publicité en ligne, telles qu'une obligation de ne pas utiliser les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur pour des soumissions qui seront référencées dans les moteurs de recherche, ou une restriction de la fourniture d'informations relatives aux prix destinées à des services de comparaison de prix ».

Le Conseil de la concurrence, en son temps, avait déjà pu faire preuve de proportionnalité dans l'application du principe deviné dans le Règlement de 1999. En effet, il avait appliqué le principe selon lequel « *la vente sur Internet ne peut être prohibée en principe, sauf circonstances exceptionnelles qui seraient par exemple liées à des raisons de sécurité, et que les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif visé* » (Cons. conc., déc. n° [07-D-07](#), 8 mars 2007, Distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle : BOCC 7 juin 2007 ; *Contrats, conc., consom.* 2007, comm., n° 122, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RDLC* 2/2007, p. 102, obs. E. Claudel ; *Europe* 2007, comm. n° 118, obs. L. Idot ; *RDC* 2007, p. 773, obs. C. Prieto), pratique qui sera consolidée dans l'avis de l'ADLC n° [12-A-20](#) du 12 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

Dans la décision n° [06-D-24](#), Distribution des montres commercialisées par Festina France (24 juill. 2006 : BOCC 26 janv. 2007 ; *D.* 2007, pan. 1691, obs. E. Claudel ; *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. n° 187, obs. M. Malaurie-Vignal ; *CCE* 2006, comm. n° 145, obs. M. Chagny ; Petites affiches 9-10 avr. 2007, obs. Baccichetti ; *RLDA* 2006, comm. n° 53, obs. B. Cheynel ; *RLC* n° 2007, p. 16, obs. D. Brault et S. Proust. Conf. par CA Paris, 16 oct. 2007 : *D.* 2007, obs. E. Chevrier), le conseil reconnaît la possibilité d'exclure d'un réseau de distribution sélective les entreprises dites « *pure players* » c'est-à-dire les entreprises de vente à distance via Internet ne disposant pas de points de vente physiques. L'interdiction vise à éviter le parasitisme. S'il ne dépasse pas 30 % de parts de marché, un fournisseur peut sélectionner ses distributeurs en retenant notamment comme critère qu'il dispose d'un magasin pour accueillir le public. Dans sa décision n° [06-D-28](#), Distribution sélective de matériel Hifi et Home cinéma (5 oct. 2006 : BOCC 26 janv. 2007 ; *RLDA* 2006, p. 55, obs. B. Cheynel ; *RDLC* 6/2006, p. 63, obs. M. Debroux ; *RLC* n° 2007, p. 14, note V. Sélinisky. – V. ADLC, déc. n° [12-D-23](#) du 12 déc. 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma, réformée par CA Paris, 13 mars 2014 (amende réduite de près de 90 %) : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 118, obs. G. Decocq), le Conseil a reconnu la licéité de la clause limitant les ventes sur Internet « *aux clients pouvant attester d'une écoute préalable de ces produits chez un distributeur agréé et du bénéfice de conseils personnalisés pour son installation* ». Dans la mesure où chacun des revendeurs supporte le coût des investissements liés aux points de vente physiques, le parasitisme est limité. Il y a en quelque sorte partage du coût des investissements, donnée qui n'existerait pas si la vente par des pure players était autorisée. La décision n° [07-D-07](#), Distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle a ensuite donné au Conseil l'occasion d'apprécier les modalités de vente sur Internet. Il observe que certains fournisseurs, sans interdire directement la vente par ce biais, inséraient dans le contrat des clauses ayant finalement pour effet de rendre la vente par internet impossible. Ainsi en allait-il de l'obligation de présenter un site dédié à la marque. Elle était manifestement excessive car les points de vente physiques ne connaissent pas les mêmes contraintes. Plus raisonnablement, les distributeurs peuvent prévoir un espace dédié à la marque au sein du site. Dans le même sens, le fournisseur ne peut exiger le paiement dédié à chaque marque. Est également excessif, l'exigence d'une webcam. Concernant la langue employée, le fournisseur peut imposer la traduction des questionnaires dans les langues des pays que le distributeur peut livrer. Enfin, il est exagéré de conditionner la vente sur Internet à l'existence d'une hotline disponible 24/24 h, 7/7 j.

Le Conseil a par ailleurs rendu une décision au fond dans laquelle il a pu qualifier la pratique et confirmer son analyse précédente. Le Laboratoire Pierre Fabre avait effectivement résisté aux « sirènes » de la procédure des engagements volontaires et avait choisi la voix contentieuse. Choix malheureux puisque le Conseil a fini par le sanctionner. En effet, dans sa décision n° [08-D-25](#), Distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, il considère que l'interdiction de la vente sur Internet est une restriction par objet, excluant toute discussion sur les effets réels de cette pratique. Elle ne peut bénéficier de l'exemption par catégorie ; c'est donc aux entreprises de prouver qu'elles peuvent bénéficier d'une exemption individuelle, non démontrée en l'espèce par Pierre Fabre. Saisie d'un recours, la Cour d'appel de Paris (29 oct. 2009) a renvoyé à la CJUE 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 (...) échappant à l'exemption par catégorie* ». La Cour a répondu par l'affirmative dans **son arrêt de principe du 13 octobre 2011 (aff. [C-439/09](#)) Pierre Fabre** : « *L'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes, constitue*

une restriction par objet au sens de cette disposition 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. L'article 4, sous c), du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, doit être interprété en ce sens que l'exemption par catégorie prévue à l'article 2 dudit règlement ne s'applique pas à un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels. En revanche, un tel contrat peut bénéficier, à titre individuel, de l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, TFUE si les conditions de cette disposition sont réunies ». La Cour d'appel de Paris a suivi la démarche et a refusé toute exemption individuelle faute de démonstration de gains d'efficacité de l'interdiction de vente sur Internet (31 janv. 2013, RG n° 2008/23812 : *Contrats, conc. Consom.* 2013, comm. n° 64, obs. G. Decocq ; *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. n° 76, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Europe* 2013, comm. n° 135, obs. L. Idot). Depuis, l'ADLC a confirmé l'impossibilité pour les fournisseurs d'interdire à leurs distributeurs, directement ou indirectement, la revente des produits sur internet sans justifications (ADLC, déc. n° 18-D-23, 24 octobre 2018, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture. - 19-D-14, 1^{er} juillet 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles haut de gamme).

Le débat rebondit aujourd'hui au sujet des places de marché. La réponse de la Cour de justice à une question préjudicielle posée dans l'affaire Coty était pour le moins très attendue. La question préjudicielle porte sur la validité de l'interdiction de vendre sur les plateformes numériques des produits commercialisés dans les points de vente physique agréés au regard du Règlement n° 330/2010 et notamment sur la question de savoir si cette interdiction faite à un distributeur agréé de recourir à une plateforme tierce visuellement identifiable peut être qualifiée de restriction de clientèle ou de restriction des ventes passive.

Dans son Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, en date du 10 mai 2017, la Commission s'était déjà prononcée sur l'interdiction de vente sur les places de marché. Après avoir constaté que les places de marché sont un canal de vente plus important pour les petits et moyens détaillants, et moins importants pour les plus grands fournisseurs, elle remarque que les places de marché n'ont pas le même rôle dans tous les Etats membres (notamment, 62% des détaillants l'utilise en Allemagne contre 4% en Belgique), ni selon les produits concernés. Elle en déduit que l'interdiction d'utiliser les places de marché n'équivalerait pas à une interdiction de facto de vente en ligne. Sans préjudice de la procédure préjudicielle en cours, la Commission conclut « que les interdictions (absolues) d'utiliser des places de marché ne doivent pas être considérées comme des restrictions caractérisées au sens de l'article 4, point b) et de l'article 4, point c), du règlement d'exemption d'accords verticaux ». ?

L'arrêt Coty rendu le 6 décembre 2017 (aff. C-230/16) a rassuré les partisans de la distribution sélective tant il était sûr qu'une réponse positive aurait conduit les réseaux sélectifs à perdre la maîtrise complète de leur distribution ce qui créerait une grande insécurité juridique. Sur la question de savoir si un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits peut être conforme à l'article 101 § 1, la Cour répond par l'affirmative, « 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, et que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire ». Elle considère ensuite que l'article 101, § 1, du TFUE « doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une clause contractuelle (...) qui interdit aux distributeurs agréés d'un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet des produits contractuels, dès lors que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle est fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (v. par la suite une application de cette jurisprudence en droit interne, CA Paris, 28 fév. 2018, n° 16/02263). Une question de demeure : la solution s'applique-t-elle à l'ensemble de la distribution sélective ou bien seulement à celle ayant pour objet des produits de luxe ? aux produits dangereux (ADLC, 18-D-23, 24 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture ; conf. CA Paris, 19 oct. 2019 et Cass. com., 26 janvier 2022, n° 20-14000) ? et dans ce cas, qu'est-ce qu'un produit de luxe et un produit dangereux ?...

