



E-commerce : l'interdiction de vente en ligne de produits Pierre Fabre viole la libre concurrence

publié le 14/10/2011, vu 7500 fois, Auteur : [Anthony BEM](#)

Le 13 octobre 2011, la Cour européenne de justice a jugé que le refus des laboratoires Pierre Fabre de vendre leurs produits dermo-cosmétiques sur Internet est contraire aux règles communautaires de libre concurrence (Cour de justice de l'Union européenne, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS / Président de l'Autorité de la Concurrence e.a., N°C 439/09)

J'envisagerai ci-après les points suivants :

- Définition de la distribution sélective (en guise d'introduction) (1) ;
- La jurisprudence sur la conciliation du commerce électronique avec la distribution sélective (2) ;
- La Croisade judiciaire de Pierre Fabre pour interdire le commerce électronique de ses produits par ses distributeurs (3) ;
- La position de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 octobre 2011 (4).

1 – Définition de la distribution sélective

La distribution sélective est un mode de distribution qui repose sur un processus de sélection des points de vente par la marque distribuée afin de garantir le respect de l'image de marque par les marques de produits de luxe ou haut de gamme.

La structure de ce type réseau repose sur son étanchéité qui vise à éviter l'approvisionnement de revendeurs non agréés.

Pour être légale, la distribution sélective doit reposer sur des critères de sélection objectifs et prédéfinis tels que la qualité de l'équipe de vente (formation, effectifs,..), la place et visibilité accordée aux produits de la marque et aux caractéristiques des points de vente (surface, décoration,..) etc

2 – La jurisprudence française relative à la conciliation du commerce électronique avec la distribution sélective

Le commerce électronique apparaît comme un danger pour les réseaux de distribution sélective puisque la commercialisation des produits du promoteur de réseau sur Internet peut conduire au non respect des critères qualitatifs du réseau de distribution.

La problématique n'est pas nouvelle puisque déjà en 1999, la société de vente de parfums Sephora avait dû renoncer à son site Internet en France, sous la pression des fabricants auxquels elle était liée par des accords de distribution sélective.

La même année, le Président du Tribunal de Commerce de Pontoise avait rendu une ordonnance de référé, concernant la société Pierre Fabre qui interdisait à l'un de ses distributeurs de vendre ses produits sur le réseau Internet, aux termes de laquelle la vente sur Internet « s'ajoute aux modalités traditionnelles mises en place par Monsieur Alain B. dans son officine et conformes aux exigences de la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques relatives à la matérialité du lieu de vente » (Ordonnance de référé du Tribunal de Commerce de Pontoise, 15 avril 1999, Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques c/ Alain B).

Cependant, la Cour d'Appel de Versailles a infirmé l'ordonnance précitée en considérant que la vente des produits par Internet n'était pas compatible avec les conditions générales du contrat :

« ... il n'est pas contesté que le distributeur s'engage à ne délivrer les produits que dans un point de vente répondant à des conditions correspondant à la technicité et à l'image de santé et de sécurité des produits et que le lieu de vente doit matériellement être constitué d'une surface nettement individualisée et isolée dont la superficie doit permettre au distributeur agréé d'offrir, outre un agencement spécifique susceptible de recevoir la totalité des référencements de la marque, un emplacement suffisant pour que le consommateur puisse y visualiser les produits dans les meilleures conditions sur les plans esthétiques et informatifs ; (...) qu'il est en outre exigé, pour assurer la qualité des réponses aux questions que pourraient poser les clients, qu'un diplômé en pharmacie soit attaché au point de vente ; (...) la commercialisation sur Internet ne permet pas d'obtenir les mêmes résultats ; que les conseils ne peuvent être donnés immédiatement, mais nécessitent un délai de réponse ; qu'ils ne peuvent être donnés que sur les indications du client, sans qu'il soit praticable de demander à ce dernier les précisions nécessaires pour apprécier ses besoins réels ; que le contact avec le vendeur n'est pas personnel, mais passe par le truchement des images fixes d'un écran d'ordinateur ; qu'en l'espèce, le site présente les produits par leurs marques et leurs descriptions, sans qu'apparaisse la moindre recherche esthétique ; qu'aucune vitrine " virtuelle " n'est mise en place ; que l'aspect visuel du produit et de son emballage n'apparaît pas ».

3 – La Croisade judiciaire de Pierre Fabre pour interdire le commerce électronique de ses produits par ses distributeurs

Pour mémoire, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique est l'une des sociétés du groupe Pierre Fabre. Elle a pour activité la fabrication et la commercialisation de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et dispose de plusieurs filiales parmi lesquelles, notamment, les laboratoires Klorane, Ducray, Galénic et Avène, dont les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sont vendus, sous ces marques, majoritairement par l'intermédiaire de pharmaciens, sur le marché français comme sur le marché européen et qui échappent au monopole des pharmaciens prévu par le code de la santé publique.

Pour l'année 2007, le groupe Pierre Fabre détenait 20 % du marché français de ces produits.

Les contrats de distribution desdits produits concernant les marques Klorane, Ducray, Galénic et Avène précisent que les ventes doivent exclusivement être réalisées dans un espace physique, avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie.

Les articles 1.1 et 1.2 des conditions générales de distribution et de vente des marques précisent:

«Le distributeur agréé doit justifier de la présence physique et permanente dans son point de vente, et pendant toute l'amplitude horaire d'ouverture de celui-ci, d'au moins une personne spécialement qualifiée par sa formation pour:

acquérir une parfaite connaissance des caractéristiques techniques et scientifiques des produits [...], nécessaire à la bonne exécution des obligations d'exercice professionnel [...]

donner, de façon habituelle et constante, au consommateur toutes informations relatives à la bonne utilisation des produits [...]

conseiller instantanément et sur le point de vente, le produit [...] le plus adapté au problème spécifique d'hygiène ou de soin, notamment de la peau et des phanères, qui lui est soumis.

Cette personne qualifiée doit être titulaire pour ce faire, du diplôme de Pharmacien délivré ou reconnu en France [...]

Le distributeur agréé doit s'engager à ne délivrer les produits [...] que dans un point de vente matérialisé et individualisé [...]»

La société Pierre Fabre est à partie en croisade contre la revente de ses produits sur Internet suite à un avis du Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008 la sanctionnant pour avoir interdit contractuellement à ses distributeurs de vendre ses produits sur internet.

Aussi, le Conseil de la concurrence lui a fait obligation « de supprimer, dans ses contrats de distribution sélective, toutes les mentions équivalentes à une interdiction de vente sur internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution, dans un délai de 3 mois, à compter de la notification de la décision » (Conseil de la concurrence, du 29 octobre 2008, décision 08-D-25).

La société Pierre Fabre a contesté cette décision devant la Cour d'appel de Paris.

Le 29 octobre 2009, les juges d'appel ont posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, nouvelle appellation de la Cour de justice des communautés européennes depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, afin de savoir « s i 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 ».

4 – La position de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 octobre 2011

Le 3 mars 2011, l'avocat général Jan Mazák avait conclu qu'une interdiction générale et absolue de vendre sur Internet, imposée dans le contexte d'un réseau de distribution sélective, qui va au-delà de ce qui est nécessaire pour distribuer les produits de manière appropriée au regard de leurs qualités matérielles, de leur aura et de leur image, a pour objet de restreindre la concurrence et tombe sous le coup de l'article 81, § 1, du traité instituant la Communauté européenne [ci-après dénommé le traité CE].

Pour mémoire, l'article 81, § 1 du Traité CE, interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Selon l'avocat général une interdiction générale et absolue de vendre sur Internet :

- élimine un moyen moderne de distribution qui renforcerait la concurrence intra-marque ;**
- restreint tant les ventes actives que les ventes passives, en empêchant l'utilisation d'un outil moderne de communication et de commercialisation ;**
- ne pourrait être proportionnée que dans des circonstances très exceptionnelles.**

Elle constitue donc une restriction caractérisée au sens du règlement relatif à l'exemption par catégorie des accords verticaux et ne peut, en tant que telle, prétendre au bénéfice de l'exemption prévue par ce règlement, mais pourrait, sous certaines conditions, bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 81, § 3, du Traité CE.

En effet, selon l'article 81, § 3, du Traité CE, les dispositions de l'article 81, § 1 précitées peuvent être inapplicables à tout accord de distribution sélective qui :

- contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
- tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte,
- sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- sans donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

L'avocat général suggère donc que la juridiction nationale recherche si des informations et des conseils peuvent être fournis de façon satisfaisante via Internet.

En effet, bien que certains produits requièrent un lien physique avec le consommateur, la technique permet une distribution en ligne dans des conditions acceptables pour le fabricant : conseils personnalisés en direct par l'intermédiaire de webcams, reproduction de senteurs, présentation en trois dimensions etc ...

Au cours de la procédure administrative, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a expliqué que les produits en cause, par leur nature, nécessitent la présence physique d'un diplômé en pharmacie sur le lieu de vente à toute heure d'ouverture, afin que le client puisse, en toutes circonstances, demander et obtenir l'avis personnalisé d'un spécialiste, fondé sur l'observation directe de sa peau, de ses cheveux ou de son cuir chevelu.

Le 13 octobre 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a tranché la question de savoir si les nouveaux modes de consommation et de commercialisation du e-commerce sont susceptibles de modifier ou non le droit de la distribution sélective et d'interdire définitivement la rédaction de clauses contractuels interdisant la revente de produits sur Internet, aux distributeurs agréés en jugeant que :

"La Cour a déjà relevé que l'organisation d'un tel réseau 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 (arrêts du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, point 20, ainsi que du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p. 3775, points 15 et 16)

Certes, il est constant que, dans le cadre du réseau de distribution sélective de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels. Toutefois, il convient encore de vérifier si les restrictions de la concurrence poursuivent d'une manière proportionnée les objectifs légitimes conformes aux considérations exposées ...

*À cet égard, il convient de souligner que **la Cour n'a pas retenu, au regard des libertés de circulation, les arguments relatifs à la nécessité de fournir un conseil personnalisé au client et d'assurer la protection de celui-ci contre une utilisation incorrecte de produits, dans le cadre de la vente de médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale et de lentilles de contact, pour justifier une interdiction de vente par Internet** (voir, en ce sens, arrêts Deutscher Apothekerverband, précité, points 106, 107 et 112, ainsi que du 2 décembre 2010, Ker-Optika, C-108/09, non encore publié au Recueil, point 76).*

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".

Par conséquent, la Cour de Luxembourg pose le principe qu'une interdiction totale de vente en ligne constitue une restriction de concurrence au sens du traité européen.

La décision de la Cour d'appel de Paris sur le fond de l'affaire interviendra courant 2012.

Je suis à votre disposition pour toute information ou action.

PS : Pour une recherche facile et rapide des articles rédigés sur ces thèmes, vous pouvez taper vos "mots clés" dans la barre de recherche du blog en haut à droite, au dessus de la photographie.

Anthony Bem
Avocat à la Cour
27 bd Malesherbes - 75008 Paris
Tel : 01 40 26 25 01

Email : abem@cabinetbem.com

www.cabinetbem.com