



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

DISTRIBUTION DES COSMÉTIQUES ET DES MÉDICAMENTS : L'INÉLUCTABLE COMMERCIALISATION PAR INTERNET ?

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : **Recueil Dalloz 2014 p.192**

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

DISTRIBUTION DES COSMÉTIQUES ET DES MÉDICAMENTS : L'INÉLUCTABLE COMMERCIALISATION PAR INTERNET ?

Avec le développement du commerce électronique, le secteur des produits cosmétiques distribués en pharmacie a dû se tourner vers la vente sur internet. Ces bouleversements sont d'autant plus profonds que c'est l'entière distribution pharmaceutique qui a connu d'importantes mutations. La Cour de cassation vient de clore l'affaire *Pierre Fabre* dans laquelle la difficulté concernait une clause d'un contrat de distribution portant interdiction à l'égard des distributeurs de vendre sur leur propre site internet les produits du fabricant.

Des sociétés de parapharmacie établies en Martinique étaient agréées en tant que distributeurs de l'entreprise Pierre Fabre. Cette dernière devait procéder au retrait de l'agrément de ces distributeurs en décembre 2008 pour non-respect de l'obligation de ne vendre les produits qu'en présence d'un diplômé en pharmacie. Les distributeurs martiniquais assignèrent l'entreprise Pierre Fabre pour faire constater la nullité de la clause interdisant la vente en ligne des produits cosmétiques et le caractère abusif de la rupture des relations commerciales.

La cour d'appel de Paris a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à propos de la clause litigieuse du contrat de distribution sélective afin de déterminer si l'interdiction qu'elle pose *de facto* quant à la vente des produits sur internet pour les distributeurs n'est pas prohibée par le droit de la concurrence. Par une décision du 13 octobre 2011 (aff. C-439/09, D. 2011. 2590, obs. E. Chevrier, 2012. 577, spéc. 583, obs. D. Ferrier, et 2343, spéc. 2351, obs. J. Larrieu ; RSC 2012. 315 et 2013. 167, chron. L. Idot ; RTD eur. 2012. 442, obs. J.-B. Blaise ; CCC 2011. Comm. 257, obs. M. Malaurie-Vignal, et 2012. Comm. 4, obs. M. Chagny ; Europe 2011. 471, obs. L. Idot ; RLDI 2011/76, n° 2526, obs. L. Costes, et 2011/77, n° 2554, obs. C. Castets-Renard ; RJ com. 2012, n° 1, p. 35, obs. G. Decocq ; RLC 2012. 30, obs. C. Robin ; L. Vogel, La distribution par internet après l'arrêt *Pierre Fabre*, JCP E 2012. 1182), la CJUE retient qu'une clause contractuelle interdisant aux distributeurs de produits cosmétiques de vendre des produits sur internet constitue une restriction de concurrence par l'objet au sens de

l'article 101 du TFUE ; toutefois, la qualification de restriction peut être écartée si la clause est objectivement justifiée « compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit et eu égard aux propriétés des produits en cause ». En l'espèce, l'examen de la clause ne permettait pas de la justifier. La cour d'appel de Paris (31 janv. 2013, n° 2008/23812, D. 2013. 360, obs. E. Chevrier, 887, note D. Ferrier, et 2487, spéc. 2495, obs. J. Larrieu ; JCP E 2013, n° 7, p. 8) a donc considéré que la clause était disproportionnée et en conséquence illicite. Elle n'a pas, par ailleurs, considéré que la clause apportait un progrès économique, ce qui aurait permis son exemption à titre individuel. Enfin, la cour d'appel a confirmé la sanction pécuniaire pour avoir interdit dans le contrat de distribution sélective la vente sur internet de produits cosmétiques. Un pourvoi en cassation fut formé par l'entreprise Pierre Fabre.

La Cour de cassation, à la suite de la cour d'appel, reprend intégralement l'argumentation de la CJUE. Ainsi, la Cour de cassation admet le caractère disproportionné et illicite de la clause litigieuse qui ne peut, en outre, bénéficier d'une exemption individuelle. La sanction pécuniaire à l'encontre du groupe Pierre Fabre est également confirmée. L'osmose est totale entre le droit interne et le droit européen, et cette jurisprudence conduit à revoir l'équilibre des relations entre les fournisseurs et les distributeurs. On assiste donc à la consécration unanime de la liberté de vente en ligne au profit des distributeurs de produits cosmétiques (I), et cette liberté s'étend aujourd'hui au-delà des produits cosmétiques, conduisant à une totale réorganisation de la distribution pharmaceutique (II).

I - La consécration unanime de la liberté de vente en ligne au profit des distributeurs de produits cosmétiques

La décision de la Cour de cassation conduit à consacrer l'internet comme un mode alternatif de commercialisation au profit des distributeurs (A), au point que ce droit apparaît quasi absolu pour les distributeurs (B).

A - La distribution en ligne de cosmétiques, un droit consacré au profit des distributeurs de cosmétiques

En vertu de la décision de la CJUE rendue le 13 octobre 2011, la commercialisation des produits sur internet constitue un droit pour les distributeurs.

Dans les contrats de distribution sélective de l'entreprise Pierre Fabre, une disposition 1.1 du contrat impose aux distributeurs de ne vendre les produits qu'en présence d'une personne diplômée en pharmacie physiquement présente sur les lieux, ce qui conduit *de facto* à interdire toute vente en l'absence de conseils d'un pharmacien physiquement présent, telles les ventes sur internet. L'Autorité de la concurrence avait déjà considéré que cette limitation de vente sur internet avait nécessairement pour objet de restreindre la concurrence sans pouvoir bénéficier d'une exemption par catégorie. Face à cette délicate question aux enjeux considérables, la cour d'appel de Paris a sursis à statuer pour transmettre à la CJUE la question préjudicielle suivante : « une interdiction générale et absolue de vendre sur internet imposée aux distributeurs agréés constitue-t-elle une restriction de la concurrence par objet, si un tel accord peut bénéficier d'une exemption par catégorie, et dans la négative, lorsque l'exemption par catégorie est inapplicable, peut-il bénéficier éventuellement d'une exemption individuelle ? ». Selon la Cour de justice, une clause d'un contrat de distribution sélective interdisant aux distributeurs de vendre les produits par internet constitue une restriction de concurrence par objet, à moins que cette clause ne soit objectivement justifiée. Or la Cour de justice ne retient pas la présence d'un pharmacien diplômé à titre de justification objective de l'interdiction pour des produits qui ne constituent pas des médicaments. La décision de la Cour précisait ensuite qu'une exemption individuelle est envisageable sur le fondement de l'article 101, § 3, du TFUE si la juridiction de renvoi constate que les conditions en sont remplies. La cour d'appel puis la Cour de cassation ont rendu des décisions en totale conformité avec l'analyse fournie par la CJUE.

Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation a approuvé les éléments de la décision de la cour d'appel du 31 janvier 2013. Ainsi, la cour d'appel s'était prononcée contre l'interdiction de vente en ligne imposée aux distributeurs du réseau de distribution, qualifiée de restriction par l'objet. Interdire la commercialisation des produits distribués sur internet constitue une restriction de la concurrence par objet puisqu'une telle interdiction empêche tout type de vente sur internet, y compris les ventes passives : or l'accès aux produits doit être possible pour les utilisateurs finals

même s'ils ne sont pas situés dans le territoire physique du distributeur agréé.

La possibilité d'une exemption individuelle a également été rejetée au motif que les restrictions imposées ne sont pas indispensables au service rendu aux consommateurs. En effet, après avoir rappelé que les produits dermo-cosmétiques n'entrent pas dans le monopole des pharmaciens, la Cour de cassation conforte l'argumentation consistant à considérer « qu'il n'est pas établi que les produits du groupe PFDC nécessitent sur le plan de la santé des utilisateurs des conseils particuliers et que le conseil d'utilisation sollicité le cas échéant par le consommateur peut être dispensé par toute personne ayant bénéficié d'une formation adéquate, en dermatologie ou cosmétologie par exemple ».

De cette position des juridictions peut être déduite l'existence d'un droit quasi absolu reconnu aux distributeurs. L'existence d'une justification objective à la restriction de concurrence paraît jusqu'à présent impossible à rapporter pour le fabricant. La plupart des arguments présentés par les têtes de réseau ont été écartés par les juridictions : ainsi, ne constituaient pas des justifications objectives de restrictions concurrentielles les conseils personnalisés au client pour vendre des médicaments non soumis à une prescription médicale ou des lentilles de contact, ou la protection de l'image de marque de l'entreprise. Par ailleurs, la nécessité d'un conseil spécialisé seul apte à permettre la vente de produits de haute technicité n'a pas non plus permis de justifier cette interdiction de vente sur internet faite aux distributeurs (V., pour des produits haut de gamme de Hi-Fi, A. Mendoza-Caminade, Les réseaux de distribution et la vente par internet, JCP E 2013, n° 15, 1202). Par la sacralisation de la commercialisation par internet, les réseaux de distribution sont contraints d'intégrer cette nouvelle prérogative au profit de leurs distributeurs. Les canaux de distribution ont subi d'importants changements pour les produits cosmétiques : désormais, toute tête de réseau de distribution doit admettre la commercialisation de ses produits sur internet par ses distributeurs sous des réserves limitées.

B - La distribution en ligne de cosmétiques, un droit quasi absolu au profit des distributeurs

Le responsable du réseau est tenu d'offrir à ses distributeurs la possibilité de vendre les produits sur

internet. Pour autant, les fabricants, sans pouvoir interdire de manière absolue cette voie de commercialisation, peuvent intégrer des restrictions à la vente en ligne. En effet, le recours au canal électronique de distribution peut être encadré par le responsable du réseau tout comme il existe une politique d'encadrement imposée aux distributeurs pour la vente dans des points de vente physiques. Il existe des éléments sur lesquels les fabricants vont pouvoir imposer des obligations à leurs distributeurs. Ainsi, à la suite de l'avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 rendu par l'Autorité de la concurrence sur le fonctionnement concurrentiel du commerce électronique (N. Pétrignet et J. d'Huart, L'Autorité de la concurrence livre son analyse du fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, CCC 2012. Alerte 65 ; M. Malaurie-Vignal, Un avis imprégné d'analyse économique sur le commerce en ligne, CCC 2012. Comm. 279), le fournisseur pourra subordonner la vente en ligne à l'existence d'un point de vente physique ou de plusieurs points de vente physiques depuis une période déterminée. Une telle exigence repose alors sur la garantie de sérieux qu'apporte l'expérience du point de vente physique, parfois même le niveau de chiffres d'affaires. Par ailleurs, le fournisseur pourra imposer des critères de qualité pour la vente en ligne, et notamment des normes de qualité à l'égard du site internet sur lequel intervient la vente en ligne (V. Comm. UE, communication 10 mai 2010, Lignes directrices sur les restrictions verticales 2010/C 130/01, § 54) ; des exigences relatives à la charte graphique ou à un service de *hotline* sont envisageables (Cons. conc., 8 mars 2007, n° 07-D-07, D. 2007. 2209, note J.-L. Fourgoux, et 1688, obs. E. Claudel, décision concernant l'exigence d'une charte graphique et d'une *hotline*).

De telles exigences qui restreignent la liberté de vente en ligne doivent respecter le droit de la concurrence. Pour être licitement exercée, la liberté d'organisation du réseau de distribution sélective implique que les exigences du responsable soient proportionnées et justifiées au regard des spécificités des produits concernés, de la défense de l'image de marque ou des consommateurs finals. Par conséquent, le responsable de réseau pourra encadrer juridiquement les modalités de cette vente en ligne mais ne pourra le faire qu'au sein d'un périmètre strictement délimité. Le droit de la concurrence joue un rôle primordial pour la vente en ligne, et en primant sur le droit de la distribution et le droit des contrats il en assure une véritable libéralisation. Cette libéralisation de la vente en ligne des cosmétiques, qui sont le plus souvent vendus par des pharmacies, s'étend

désormais à la distribution de médicaments par ces officines de pharmacie. La distribution de médicaments en ligne connaît également une ouverture qui reste cependant très encadrée.

II - La réorganisation de la distribution pharmaceutique

La distribution en ligne est désormais possible pour les officines de pharmacie, ce qui génère d'importantes mutations en matière de distribution des produits pharmaceutiques (A). Toutefois, le droit français paraît trop restrictif dans les modalités de mise en oeuvre de la vente en ligne des médicaments au point que la question d'une ouverture plus large de cette vente peut être posée (B).

A - La vente en ligne de médicaments : moyen de diversification des canaux de distribution

Une importante évolution s'est produite concernant la distribution en ligne des médicaments. Pour la transposition en droit français de la directive n° 2011/62/UE du 8 juin 2011, le gouvernement a fait le choix d'une ouverture très encadrée de la vente en ligne des médicaments d'automédication : l'ouverture consacrée est limitée en application de l'ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012, relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet et à la lutte contre la falsification de médicaments, du décret n° 2012-1562 du 31 décembre 2012, relatif au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments et à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet, et de l'arrêté du 20 juin 2013, relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique.

Les officines de pharmacie qui souhaitent vendre en ligne les médicaments doivent obtenir une autorisation concernant leur site internet et de nombreuses obligations administratives doivent être remplies notamment afin de protéger la relation avec le cyber-patient. Les officines doivent, en outre, assumer la prise en charge des commandes passées sur leur site : ainsi, la préparation des commandes passées sur internet ne peut se faire qu'au sein d'un espace dédié dans l'officine et l'envoi des commandes est réalisé sous la responsabilité du pharmacien. Ces contraintes sont importantes pour les officines qui ne peuvent pas déléguer contractuellement ces charges

logistiques. Il paraît délicat pour de petites officines d'assumer l'ensemble des obligations imposées pour la vente en ligne des médicaments.

L'excès de rigidité du système a d'ailleurs été censuré par un arrêt du 17 juillet 2013, par lequel le Conseil d'Etat a annulé l'article L. 5125-34 du code de la santé publique, codifié par l'ordonnance du 19 décembre 2012 (n° 365317, D. 2013. 1905, obs. G. Rousset ; RDSS 2013. 887, concl. M. Vialettes, et 942, obs. J. Peigné). Selon cet article, pouvaient être vendus en ligne les seuls médicaments de médication officinale. Or le Conseil d'Etat rappelle que le droit de l'Union européenne ne retient que la distinction entre les médicaments soumis à prescription et ceux non soumis à prescription : cette distinction a été posée par la célèbre décision *DocMorris* (CJCE 11 déc. 2003, aff. C-322/01, D. 2004. 732, et 2554, chron. E. Gardner de Bévillie ; AJDA 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert). En conséquence, une distinction supplémentaire est créée par l'article litigieux entre les médicaments de médication officinale et les médicaments situés derrière le comptoir de l'officine. Seule la distinction entre les médicaments soumis ou non à prescription doit être retenue. Cette disposition n'étant pas conforme au droit de l'Union européenne, l'arrêt rendu au fond le 17 juillet 2013 a ordonné la suppression de cette disposition, ce qui conduit à l'ouverture de la vente en ligne pour l'ensemble des médicaments non soumis à prescription.

Les choix effectués par le pouvoir exécutif génèrent d'importantes restrictions de la vente en ligne de médicaments par l'alourdissement des obligations administratives et pratiques. L'Autorité de la concurrence est, en revanche, favorable au développement de ce nouveau mode de commercialisation des médicaments et pourrait inviter prochainement à une réforme du système de la distribution pharmaceutique.

B - Vers plus de liberté pour la distribution des médicaments en ligne ?

En France, l'Autorité de la concurrence est favorable à la libéralisation de la distribution au détail de médicaments d'automédication (V. les avis n° 12-A-23 du 13 déc. 2012, relatif au projet d'ordonnance et au projet de décret, et n° 13-A-12 du 10 avr. 2013, relatif au projet d'arrêté relatif

aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique). Elle considère que le médicament ne doit pas être spécifiquement distribué par les officines de pharmacie, et en particulier que l'interdiction de sa distribution sur internet constituerait une restriction de concurrence excessive et non justifiée. S'agissant des médicaments d'automédication, l'acheteur n'est plus un patient mais un consommateur devant bénéficier du choix du circuit de distribution (en ce sens, O. Cavezian et M.-S. Mercier, *Le bras de fer entre le gouvernement et l'Autorité de la concurrence sur l'encadrement de la vente en ligne de médicaments : quand la réglementation choisit d'ignorer le droit*, RLC 2013. 37).

L'Autorité de la concurrence a lancé sur ce point une consultation publique le 10 juillet 2013 sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville intitulée « Comment dynamiser la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville ? ». L'Autorité de la concurrence devrait adopter prochainement des conclusions définitives qui seront sans doute orientées vers l'ouverture de la vente en ligne des médicaments ; une telle position libérale serait confortée par le droit européen qui n'est pas favorable aux restrictions au commerce en ligne. La libéralisation de la distribution des médicaments pourrait avoir des effets bénéfiques pour renforcer la concurrence et influencerait sur le niveau des prix, comme le précise l'Autorité de la concurrence. Cependant, la suppression du monopole officinal n'est pas pour l'heure envisagée par le gouvernement, et la profession des pharmaciens a déjà fait connaître son opposition à un tel projet par le biais de l'ordre des pharmaciens, de l'Union des syndicats de pharmacies d'officine et de la Fédération des syndicats de pharmacies de France. La transposition de la directive n° 2011/62/UE par le législateur a été faite au mépris d'un certain nombre de règles du droit de la concurrence. Cette position ouvertement hostile au droit de la concurrence sera-t-elle longtemps tenable ? Le droit de la concurrence en la matière postule une franche ouverture du e-commerce pour les médicaments, comme cela a été affirmé à de nombreuses reprises par les juridictions françaises et européennes. Au-delà de cette opposition entre le pouvoir exécutif et l'Autorité de la concurrence, c'est le modèle français de la distribution pharmaceutique qui est en jeu.

Les fabricants de produits cosmétiques et de médicaments ont dû intégrer internet comme nouveau

canal de distribution, ce qui engendre une réorganisation entière des canaux de distribution pour les produits vendus en officine de pharmacie. Cette nouvelle physionomie du secteur de la distribution génère d'importantes contraintes et incertitudes pour les opérateurs. Ainsi, les schémas traditionnels de distribution sont-ils rénovés du fait de l'intégration du commerce électronique. Reste encore la question d'un assouplissement de la législation française en matière de vente en ligne de médicaments. Les autorités européennes souhaitent plus que jamais développer ce commerce électronique, et face à la frilosité du pouvoir exécutif français, seule l'application jurisprudentielle du droit de la concurrence pourra permettre de conforter la libéralisation de la distribution sur internet.