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

LES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ET LA VENTE PAR INTERNET

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 11 Avril 2013, 1202

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,

contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ET LA VENTE PAR INTERNET

DISTRIBUTION

L'Autorité de la concurrence condamne l'interdiction de vendre en ligne faite de facto aux membres d'un réseau de distribution sélective. La sanction pécuniaire est infligée, non seulement à l'organisateur du réseau, mais aussi à la société mère en raison de l'importance des liens capitalistiques.

Aut. conc., 12 déc. 2012, n° 12-D-23, Pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home cinéma

Note :

Les circuits de distribution classiques ont décidément du mal à s'accommoder du commerce électronique. La distribution sélective est notamment perturbée par le nouvel espace de vente que représente l'Internet pour tout distributeur. Certaines entreprises ont longtemps limité la vente de leurs produits sur Internet afin de conserver une stratégie commerciale qui écarte l'Internet de leur mode de commercialisation. La difficulté est alors de déterminer si le contrat de distribution peut porter interdiction à l'égard des distributeurs de vendre sur leur propre site Internet les produits du fournisseur. Une telle interdiction est-elle prohibée par le droit de la concurrence ? L'Autorité de la concurrence a rendu une décision en date du 12 décembre 2012 sur cette question de l'encadrement de la vente sur Internet à l'égard de distributeurs.

Dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma, la société danoise Bang & Olufsen et sa filiale implantée en France se sont vue reprocher leur politique mise en œuvre au sein du réseau de distribution sélective comportant 48 distributeurs agréés sur le territoire national pour commercialiser les produits du fabricant. Une enquête diligentée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a conduit le ministre de l'Économie à saisir dès 2002 le Conseil de la concurrence notamment à

propos de l'interdiction faite par la société Bang & Olufsen France et la société mère danoise Bang & Olufsen A/S aux distributeurs de vendre leurs produits en ligne.

L'Autorité de la concurrence reproche aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S d'avoir depuis 2001 interdit aux distributeurs la vente en ligne des produits distribués. Les sociétés sont condamnées à une amende de 900 000 euros, et la décision est assortie d'une injonction à l'égard de la société Bang & Olufsen France : cette dernière devait procéder dans un délai de trois mois à la modification des contrats de distribution sélective en faveur d'une stipulation claire du droit des distributeurs de vendre sur Internet les produits du fournisseur.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence devait déterminer si l'interdiction faite par le fournisseur à ses distributeurs agréés de vendre leurs produits sur Internet constituait une restriction de la concurrence contraire aux dispositions des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. Le régime juridique de la distribution sur Internet s'est progressivement affiné : la décision s'inscrit dans la lignée des décisions de droit interne et européen, et confirme la primauté désormais attachée au libre recours à l'Internet par les distributeurs, notamment avec l'épilogue de l'affaire *Pierre Fabre* (*CA Paris, 31 janv. 2013, RG n° 2008/23812 : JCP E 2013, act. 131 ; D. 2013, p. 360, E. Chevrier ; C. Vilmart, La distribution sélective condamnée à la vente en ligne : JCP E 2013, 1119 : G. Amédédée-Manesme, Il est « interdit d'interdire » la vente en ligne par Internet aux membres d'un réseau de distribution sélective : JCP E 2013, 1133*).

L'Autorité de la concurrence consacre cette liberté de vente en ligne au profit des distributeurs du réseau de distribution sélective (**1**), ce qui conduit à imposer une inéluctable transformation des réseaux de distribution sélective (**2**).

1. Confirmation de la liberté de vente par Internet

La solution déjà dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne, dans une décision fondatrice (**A**), a été reprise par l'Autorité de la concurrence qui a qualifié l'interdiction litigieuse de restriction par l'objet (**B**).

A. - Les règles dégagées par la décision fondatrice de la CJUE

La décision de l'Autorité de la concurrence fut rendue tardivement dans cette espèce, car l'instruction du dossier a été suspendue pendant deux ans dans l'attente d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Pierre Fabre*. Cette célèbre décision rendue le 13 octobre 2011 par la CJUE (V. notamment, *Contrats, conc., consom. 2011, comm. 257, M. Malaurie-Vignal ; Europe 2011, comm. 471, L. Idot ; RLDI 2011/76, n° 2526, L. Costes ; RLDI 2011/77, n° 2554, C. Castets-Renard ; RJCom. 2012, n° 1, p. 35, G. Decocq ; RLDConc. 2012, 30, C. Robin ; RTDE 2012, p. 442, J-B. Blaise ; D. 2012, p. 577, D. Ferrier ; L. Vogel, La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre : JCP E 2012, 1182)* est d'une importance considérable puisque c'est à l'aune de cet arrêt que l'Autorité de la concurrence a rendu sa décision en l'espèce : elle reprend en effet les termes de l'arrêt de la CJUE après avoir retracé les éléments de l'affaire *Fabre*. Il est ainsi rappelé qu'au sein du réseau de distribution sélective de l'entreprise Pierre Fabre, des clauses des contrats de distribution prévoient l'obligation pour les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle d'être effectuées dans un espace physique en présence d'un pharmacien diplômé. Il résulte de ces dispositions contractuelles une interdiction faite aux distributeurs du réseau de vendre ces produits sur Internet.

L'Autorité de la concurrence a considéré que cette limitation de vente sur Internet avait nécessairement pour objet de restreindre la concurrence sans pouvoir bénéficier d'une exemption par catégorie. À la suite d'un recours du fabricant contre cette décision, 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 » ? La Cour de justice considère qu'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 ; elle ne retient pas plus l'objectif de préservation de l'image de prestige comme constituant un objectif légitime. Ces arguments ne peuvent donc justifier une interdiction de vente par Internet.

Une telle analyse conduisait ensuite à s'interroger sur la possibilité pour ce contrat de distribution sélective de bénéficier d'une exemption par catégorie. Selon la Cour, cette exemption ne s'applique pas aux accords verticaux 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 qui opèrent en tant que détaillants sur le marché. Or, la clause du contrat qui de manière indirecte interdit la vente sur Internet a pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals qui souhaitent acheter en ligne alors qu'ils sont situés en dehors du territoire de distributeurs du réseau de distribution sélective. L'exemption par catégorie ne s'applique donc pas à ce contrat. Il était précisé enfin qu'une exemption individuelle est envisageable sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE si la juridiction de renvoi constate que les conditions en sont remplies.

La cour d'appel de Paris a repris à son compte les éléments de la décision de la CJUE du 13 octobre 2011 en réponse à son recours préjudiciel : dans son arrêt du 31 janvier 2013, la Cour se prononce contre l'interdiction de vente en ligne imposée aux distributeurs du réseau de distribution et rejette également la possibilité d'une exemption individuelle au motif que les restrictions imposées ne sont pas indispensables au service rendu aux consommateurs.

Le blocage que pouvait jusqu'alors constituer le contrat de distribution sélective pour permettre la vente en ligne par les distributeurs fut donc levé dans cette affaire *Pierre Fabre* par l'application du droit de la concurrence, et l'Autorité de la concurrence a en l'espèce suivi le même chemin.

B. - Interdire la distribution en ligne, une restriction par l'objet

Pour appliquer les règles dégagées par la CJUE, l'Autorité de la concurrence devait caractériser que l'interdiction de vente en ligne constituait une entente entre les sociétés Bang & Olufsen et ses distributeurs. C'est bien le cas, et elle relève qu'une telle restriction de la concurrence est contraire aux dispositions des articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. L'Autorité de la concurrence retient un faisceau d'éléments pour établir l'existence d'une entente prohibée pour cause de restriction à la concurrence par objet.

Pour cela, la preuve de l'interdiction de vente en ligne devait au préalable être établie : le contrat conclu en 1989 par la société Bang & Olufsen et ses distributeurs portait interdiction de la vente par correspondance. Ce contrat, dont la formulation a été maintenue sur ce point en

l'état, fut complété par une circulaire du 23 août 2000 relative à la politique d'utilisation d'Internet : l'interdiction initialement prévue pour la vente par correspondance fut étendue à l'Internet par la société Bang & Olufsen. L'Autorité de la concurrence en déduit la volonté de la société d'interdire *de facto* la vente par Internet à ses distributeurs : « une telle interdiction, conjuguée aux autres éléments relevés, confirme que la politique de Bang & Olufsen France tend à rendre matériellement impossible la vente sur Internet des produits de marque Bang & Olufsen par les distributeurs agréés de cette entreprise ». Par conséquent, l'interdiction de commercer sur Internet constitue une restriction de la concurrence par objet puisqu'elle empêche tout type de vente sur Internet, y compris les ventes passives : 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 décision de l'Autorité de la concurrence est parfaitement conforme à la décision de la CJUE consistant à considérer « (...) qu'une clause d'un contrat de distribution sélective interdisant aux distributeurs de vendre les produits par Internet constituait une restriction de concurrence "par objet", à moins que cette clause ne soit objectivement justifiée ». Or aucun élément n'a permis de justifier cette interdiction, et en particulier l'exigence d'un conseil spécialisé seul apte à permettre la vente de tels produits de haute technicité. Bien que les sociétés en cause n'aient pas relevé l'existence d'une justification objective à la restriction de concurrence, l'Autorité de la concurrence a rappelé qu'un certain nombre d'arguments ne constituait pas des justifications objectives de restrictions concurrentielles ; elle vise ainsi les conseils personnalisés au client pour vendre des médicaments non soumis à une prescription médicale ou des lentilles de contact, ou encore le fait pour une entreprise de chercher à protéger son image de prestige. Une telle justification est d'autant plus difficile à retenir que les responsables du réseau procèdent à la vente en ligne de produits de leur marque, attestant ainsi qu'une écoute ou une démonstration préalable n'est pas nécessairement obligatoire.

Cette interdiction constitue donc une restriction dont l'objet est anticoncurrentiel au sens de l'article 4 c) du règlement 330/2010 du 20 avril 2010 relatif à l'application de l'article 101 § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. En vertu de ce règlement, cette interdiction ne peut par ailleurs bénéficier d'une exemption par catégorie : cette dernière ne peut pas s'appliquer à des accords verticaux ayant pour objet de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un réseau de distribution sélective. L'Autorité a rappelé les effets attachés à une telle interdiction, à savoir réduire la

possibilité pour les distributeurs agréés de vendre des produits contractuels à des clients éloignés de leur zone de chalandise, réduire la concurrence intra-marque et priver les consommateurs d'un choix plus vaste, plus aisé ainsi que de meilleurs prix. Aucune demande d'exemption individuelle n'ayant été formulée, la pratique litigieuse ne pouvait donc être justifiée au regard des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce.

Par cette décision du 12 décembre 2012, l'Autorité de la concurrence a adapté les règles dégagées par la CJUE dans la décision *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* au droit interne révélant ainsi une parfaite unité entre le droit interne et le droit européen. Par la sacralisation du principe du libre recours à Internet par les distributeurs, les réseaux de distribution se voient contraints d'intégrer ce nouvel espace de commercialisation.

2. L'inéluctable transformation des réseaux de distribution sélective

À l'image des sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S, toute tête de réseau doit se résigner à admettre la commercialisation de ses produits sur Internet par ses distributeurs (**A**), sous certaines réserves limitées (**B**).

A. - Internet : canal de commercialisation complémentaire obligatoire

Comme le confirme le récent arrêt de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Pierre Fabre*, l'interdiction de vente sur Internet par un distributeur agréé ne peut plus être en raison de l'importante menace juridique qui plane sur les réseaux de distribution : c'est désormais la liberté commerciale des distributeurs agréés qui priment et qui leur permettra de choisir leur canal de distribution.

Au sein des réseaux de distribution sélective, l'organisation n'est plus libre et les interdictions de vente en ligne sont contraires au droit de la concurrence : elles peuvent limiter la concurrence au sein des distributeurs sur le marché français, et elles peuvent également priver les consommateurs d'un canal de distribution et des avantages qui y sont attachés. Ainsi, l'interdiction régissant le réseau de distribution des sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S a porté préjudice aux distributeurs du réseau qui aurait pu utiliser un canal supplémentaire de commercialisation leur permettant d'atteindre une clientèle située au-delà de leur zone de chalandise physique. En outre, en présence d'une telle interdiction, le consommateur

se voit offrir un choix moindre de produits à des prix moins attractifs en raison de la limitation de la concurrence intra-marque que peuvent se livrer les distributeurs d'une même marque.

En retenant l'atteinte portée au droit de la concurrence, les autorités du droit interne et européen font d'Internet un mode supplémentaire de commercialisation qui s'ajoute désormais aux autres modes traditionnels. Mais l'Internet représente-t-il un canal de distribution abordable pour des distributeurs ? Les dirigeants de la société Bang & Olufsen France ont exposé qu'aucun distributeur ne serait capable d'assumer financièrement et matériellement la mise en place de la vente des produits sur l'Internet. Il est certain que le recours à la vente en ligne implique la mise en place de moyens supplémentaires permettant notamment la livraison des produits contractuels. Par ailleurs, les distributeurs ont sans doute à perdre dans la libéralisation des terres de commercialisation, car le consommateur pourra se faire livrer un produit dans une zone relevant du territoire contractuel d'un autre distributeur. Certains considèrent en outre que le service après-vente pourrait être l'objet d'une concurrence déloyale entre les distributeurs. Mais surtout, si les internautes sont prêts à acheter les produits contractuels sur les sites des distributeurs, il peut en résulter une explosion des territoires respectifs de ces distributeurs au point que l'on peut s'interroger sur l'intérêt du contrat de distribution pour les distributeurs (en ce sens, V. *C. Vilmart, Les nouveaux risques pour la distribution sélective des produits cosmétiques : JCP E 2011, 1028*). La territorialité de la distribution sélective est remise en cause par la vente par Internet et l'intérêt de la présence d'un personnel qualifié en boutique classique est réfuté par ces décisions. C'est donc bien à la remise en cause du modèle même de la distribution sélective que l'on assiste : le produit fut-il de luxe peut être commercialisé dans des conditions similaires à celles d'un produit de grande consommation. C'est ce qu'affirme la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 31 janvier 2013 : elle relève en effet que la vente de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle dans un lieu physique en présence d'un diplômé en pharmacie est un service de conseil personnalisé de qualité ; mais qu'un tel service peut être organisé en ligne, notamment parce que le client pourrait d'une manière analogue « dialoguer» avec le même diplômé *via* un service de *hotline.*

Les responsables de réseaux ne peuvent plus se réfugier derrière l'interdiction de vente en ligne et doivent renouveler leur mode de distribution afin de se conformer aux impératifs désormais intangibles dressés par le droit européen et interne de la concurrence : il reste à envisager s'il existe des limitations possibles d'une telle interdiction d'interdire.

B. - De possibles restrictions de la vente en ligne ?

La liberté d'utiliser Internet ne constitue pas un principe absolu reconnu au profit des distributeurs. L'intégration au sein d'un réseau de distribution postule nécessairement la prise en considération d'un certain nombre de contraintes émanant du responsable du réseau et qui visent à mettre en œuvre la politique commerciale de ce responsable. Le libre recours au canal électronique de distribution peut être encadré par le responsable à l'image des obligations imposées aux distributeurs pour la vente dans des points de vente physiques. L'articulation de la règle de liberté avec d'éventuelles contraintes est encore soumise au droit de la concurrence : la faculté par le responsable de réseau d'encadrer la vente en ligne doit être mesurée.

Dans son avis n° 12-A-20, du 18 septembre 2012, l'Autorité de la concurrence a rendu son analyse concernant 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 : Contrats, conc., consom. 2012, alerte 65 ; M. Malaurie-Vignal, Un avis imprégné d'analyse économique sur le commerce en ligne : Contrats, conc., consom. 2012, comm. 279*). À ce titre, il apparaît que les éléments sur lesquels les responsables de réseaux peuvent encore influer sont l'exigence d'un point de vente physique, ainsi que les critères de qualité imposés pour la vente en ligne au sein des réseaux de distribution : encore faut-il que ces critères soient conformes au droit de la concurrence. En effet, le fournisseur peut exiger l'existence d'un ou de plusieurs points de vente physiques depuis une période déterminée afin d'autoriser un distributeur à procéder à la vente en ligne de ses produits : la justification repose alors sur la garantie de sérieux qu'apporte l'expérience du point de vente physique, voire le niveau de chiffres d'affaires (V. *Lignes directrices 2010/C 130/01 § 52 c*). Mais cette liberté d'organisation retrouvée est conditionnelle et ne peut être licitement exercée que si les exigences du responsable sont proportionnées et justifiées au regard des spécificités des produits concernés, de la défense de l'image de marque ou des consommateurs finals. En outre, des normes de qualité peuvent être imposées par le fournisseur à l'égard du site Internet sur lequel intervient la vente en ligne (V. *Lignes directrices 2010/C 130/01 § 54*) ; de telles normes doivent être équivalentes aux exigences imposées pour les magasins physiques. L'Autorité de la concurrence a déjà été saisie de la validité de telles normes de qualité destinées à encadrer la vente en ligne (*Cons. conc., déc. n° 07-D-07*, concernant l'exigence d'une charte graphique et d'une hotline). Mais là encore, pour

chacune de ces restrictions, le fabriquant doit justifier de leur caractère légitime au regard de la spécificité de son réseau, de ses produits ou de son image de marque.

Par conséquent, si le responsable de réseau est tenu d'offrir à ses distributeurs le canal de la distribution en ligne, il sera tenté d'encadrer juridiquement les modalités de cette vente en ligne mais ne pourra le faire que dans un périmètre strictement délimité.

Les autorités de la concurrence sont plus que jamais animées par la volonté de développer le commerce électronique et utilisent le droit de la concurrence pour favoriser le recours à l'Internet : les derniers obstacles sont donc levés au sein des réseaux de distribution et conduiront les acteurs de la distribution traditionnelle à faire évoluer les schémas classiques de la distribution : sauf cas exceptionnel, aucun acteur commercial ne peut se voir interdire la vente sur Internet. Aussi les responsables de réseaux doivent-ils modifier en profondeur leur politique commerciale pour s'adapter au particularisme du commerce électronique : le principe de la libre concurrence implique la liberté de choisir ses voies de commercialisation. À l'heure de la vente en ligne de médicaments, le recours à l'Internet comme mode de commercialisation n'aura jamais autant focalisé l'attention des juristes.