

RECHTSPRAAK JURISPRUDENCE

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE 13 OCTOBRE 2011

CONCURRENCE

Droit européen de la concurrence – Accords verticaux – Généralités – Distribution – Distribution sélective – Restriction caractérisée de la concurrence – Interdiction générale et absolue de la vente par Internet – Règlement (CE) n° 2790/1999 – Exemption par catégorie – Exemption individuelle

1. *L'article 101, 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.*

2. *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, 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, 3. TFUE si les conditions de cette disposition sont réunies.*

MEDEDINGING

Europees mededingingsrecht – Verticale overeenkomsten – Algemeen – Distributie – Selectieve distributie – Hardekernbeperking van de mededinging – Algemeen en absoluut verbod op Internet te verkopen – Verordening (EG) nr. 2790/1999 – Groepsvrijstelling – Individuele vrijstelling

1. *Artikel 101, 1. VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een contractbepaling die in het kader van een selectief distributiestelsel vereist dat de verkoop van cosmetica en lichaamsverzorgingsproducten plaatsvindt in een fysieke ruimte waarin een gediplomeerde apotheker aanwezig moet zijn, met als gevolg dat het gebruik van het Internet voor die verkopen verboden is, de strekking heeft de mededinging te beperken in de zin van die bepaling, indien, na een individueel en concreet onderzoek van de bewoordingen en het oogmerk van deze contractbepaling en de juridische en economische context waarbinnen zij moet worden geplaatst, naar voren komt dat deze contractbepaling, gelet op de eigenschappen van de betrokken producten, niet objectief gerechtvaardigd is.*

2. *Artikel 4, sub c) van verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, 3. van het verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, moet aldus worden uitgelegd dat de groepsvrijstelling in artikel 2 van die verordening niet van toepassing is op een selectieve distributieovereenkomst die een bepaling bevat die de facto het gebruik van Internet als verkoopmethode voor de contractgoederen verbiedt. Een dergelijke overeenkomst kan daarentegen individueel voor toepassing van de wettelijke uitzondering in artikel 101, 3. VWEU in aanmerking komen, mits aan de voorwaarden van die bepaling is voldaan.*

Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS / Président de l'Autorité de la concurrence, ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi (demande de question préjudicielle)

***Siég.:* K. Lenaerts (président de chambre), E. Juhász (rapporteur), G. Arestis, T. von Danwitz et D. Sváby (juges)**

***MP:* J. Mazák (avocat général)**

***Pl.:* Mes J. Philippe, B. Lasserre, F. Zivy, I. Luc, L. Gauthier-Lescop, Massella Ducci Teri (avocats) et G. de Bergues, J. Gstalter, M. Szpunar, P.J.O. Van Nuffel, A. Bouquet, O. Einarsson et F. Simonetti (en qualité d'agents)**

***Aff.:* C-439/09**

(...)

Le litige au principal et la question préjudicielle

9. 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.

10. Les produits en cause sont des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle qui n'entrent pas dans la catégorie des médicaments et échappent, dès lors, au monopole des pharmaciens prévu par le Code de la santé publique.

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

12. 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.

13. 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 [...].”

14. Ces exigences excluent de facto toute forme de vente par Internet.

15. Par une décision en date du 27 juin 2006, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre

dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

16. Par décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007, l'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par l'ensemble des entreprises concernées, à l'exception de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective afin de prévoir la possibilité pour les membres de leur réseau, sous certaines conditions, de vendre leurs produits sur Internet. S'agissant de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, la procédure ouverte à son encontre a suivi son cours.

17. 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.

18. Compte tenu de la potentialité d'affectation du commerce entre Etats membres, l'Autorité de la concurrence a analysé la pratique en question au regard des dispositions du droit de la concurrence français et du droit de l'Union.

19. Dans la décision litigieuse, l'Autorité de la concurrence a, tout d'abord, relevé que cette interdiction de vente par Internet équivalait à une limitation de la liberté commerciale des distributeurs de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique en excluant un moyen de commercialisation de ses produits. De plus, cette prohibition restreignait le choix des consommateurs désireux d'acheter par Internet et, enfin, empêchait les ventes aux acheteurs finals qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise ‘physique’ du distributeur agréé. Selon ladite autorité, cette limitation a nécessairement un objectif restrictif de la concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation inhérente au choix même d'un système de distribution sélective par le fabricant, qui limite le nombre de distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de vendre le produit à des distributeurs non agréés.

20. La part de marché de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique étant inférieure à 30%, l'Autorité de la concurrence a examiné si la pratique restrictive de concurrence pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999. Or, bien que la pratique d'interdiction de vente par Internet ne soit pas expressément visée dans ce règlement, elle équivaldrait à une interdiction de ventes actives et passives. Par conséquent, la pratique relèverait de l'article 4, sous c) dudit règlement, qui exclut du bénéfice de l'exemption automatique par catégorie les restrictions de ventes actives ou passives par les membres d'un système de distribution sélective.

21. Selon l'Autorité de la concurrence, l'interdiction de vente sur Internet ne remplit pas les conditions de l'exception prévue à l'article 4, sous c) du règlement n° 2790/1999

selon lequel ces restrictions de ventes sont sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer 'à partir d'un lieu d'établissement non autorisé'. En effet, Internet serait non pas un lieu de commercialisation, mais un moyen de vente alternatif utilisé comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques.

22. En outre, l'Autorité de la concurrence a relevé que Pierre Fabre Dermo-Cosmétique n'a pas démontré qu'elle pouvait bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 81, 3. CE et de l'article L. 420-4, paragraphe 1 du Code de commerce.

23. A cet égard, ladite Autorité a rejeté l'argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique selon lequel l'interdiction de vente par Internet en cause contribuerait à améliorer la distribution des produits dermo-cosmétiques en prévenant les risques de contrefaçon et de parasitisme entre officines agréées. Le choix effectué par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique d'un système de distribution sélective, avec la présence d'un pharmacien sur les lieux de vente, garantirait que le service de conseil soit dispensé dans toutes les officines agréées et que chacune en supporte le coût.

24. En réponse à l'argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique sur la nécessité de la présence physique d'un pharmacien lors de l'achat d'un des produits en cause, afin de garantir le bien-être du consommateur, l'Autorité de la concurrence a tout d'abord relevé que les produits concernés n'étaient pas des médicaments. A ce titre, la réglementation particulière dont ils font l'objet concerne les normes qui s'appliquent à leur fabrication et non à leur distribution qui est libre, et, en outre, l'établissement d'un diagnostic n'entre pas dans les pouvoirs d'un pharmacien, seul le médecin y étant autorisé. L'Autorité de la concurrence a ensuite transposé la jurisprudence *Deutscher Apothekerverband* (arrêt du 11 décembre 2003, C-322/01, *Rec.*, p. I-14887), relative aux restrictions apportées à la distribution sur Internet de médicaments non soumis à prescription médicale, pour les produits en cause.

25. Selon l'Autorité de la concurrence, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne démontre pas davantage en quoi le contact visuel entre le pharmacien et les utilisateurs du produit permettrait d'assurer la 'cosmétovigilance' qui imposerait aux professionnels de la santé de constater et de signaler les effets indésirables des produits cosmétiques. En effet, l'observation des effets négatifs des produits en cause ne pourrait apparaître qu'après l'utilisation du produit et non pas au moment de son achat. En cas de problèmes liés à son utilisation, le patient aura tendance à consulter un médecin.

26. En réponse au dernier argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, l'Autorité de la concurrence n'a pas considéré comme pertinent le fait que la distribution par Internet n'entraînerait pas de baisse de prix. Le gain pour le consommateur résiderait non seulement dans une baisse de prix,

mais également dans l'amélioration du service proposé par les distributeurs, dont, notamment, la possibilité de commander des produits à distance, sans limitation de temps, avec accès facile à l'information sur les produits et en permettant la comparaison de prix.

27. L'Autorité de la concurrence a ainsi conclu que l'interdiction faite par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique à ses distributeurs agréés de vendre par l'intermédiaire d'Internet constitue une restriction à la concurrence contraire à l'article 81 CE et à l'article L. 420-1 du Code de commerce, et l'a enjointe de supprimer dans ses contrats de distribution sélective toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément dans ses contrats la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a été condamnée à une amende de 17.000 EUR.

28. Le 24 décembre 2008, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a introduit un recours en annulation et, subsidiairement, en réformation de la décision litigieuse devant la cour d'appel de Paris. Dans le même temps, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a demandé au premier président de celle-ci de prononcer un sursis à l'exécution de la décision litigieuse. Au soutien de son recours, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a fait valoir, principalement, que la décision litigieuse est entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle a privé la pratique litigieuse tant du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999 que de celui de l'exemption individuelle prévue à l'article 81, 3. CE.

29. Le 18 février 2009, le premier président de la cour d'appel de Paris a ordonné le sursis à l'exécution des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence à l'encontre de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique jusqu'à ce que la juridiction de renvoi statue sur le bien-fondé du recours.

30. Dans sa décision de renvoi, la cour d'appel de Paris, après avoir rappelé les motivations de la décision litigieuse, ainsi que la teneur des observations écrites que la Commission européenne a présentées en vertu de l'article 15, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (*JO L* 1, p. 1), a néanmoins relevé que ni les lignes directrices de la Commission ni l'avis de cette institution ne présentaient un caractère contraignant pour les juridictions nationales.

31. Dans ces conditions, la cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

"[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[-t-elle] effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81,1. du traité CE [article 101, 1. TFUE] échap-

pant 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 [article 101, 3. TFUE][?]"

Sur la question préjudicielle

32. Il convient de relever à titre liminaire que ni l'article 101 TFUE ni le règlement n° 2790/1999 ne se réfèrent à la notion de restriction caractérisée de la concurrence.

33. Dans ces conditions, la question préjudicielle doit être comprise en ce sens qu'elle vise à savoir, premièrement, si la clause contractuelle en cause dans le litige au principal constitue une restriction de la concurrence 'par objet' au sens de l'article 101, 1. TFUE, deuxièmement, si un contrat de distribution sélective contenant une telle clause – dans l'hypothèse où il entre dans le champ d'application de l'article 101, 1. TFUE – peut bénéficier de l'exemption par catégorie instituée par le règlement n° 2790/1999 et, troisièmement, si, lorsque l'exemption par catégorie est inapplicable, ledit contrat pourrait néanmoins bénéficier de l'exception légale de l'article 101, 3. TFUE.

Sur la qualification de la restriction de la clause contractuelle litigieuse comme une restriction de la concurrence par objet

34. A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, 1. TFUE, un accord doit avoir "pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur". Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt du 30 juin 1966, *LTM* (n° 56/65, *Rec.* p. 337), le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction 'ou' conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué. Lorsque l'objet anticoncurrentiel d'un accord est établi, il n'y a pas lieu de rechercher ses effets sur la concurrence (voir arrêt du 6 octobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e.a. / Commission e.a.*, *Rec.*, p. I-9291, point 55 ainsi que jurisprudence citée).

35. 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 (voir arrêt *GlaxoSmithKline Services e.a. / Commission e.a.*, *précité*, point 58 ainsi que jurisprudence citée).

36. Les contrats de distribution sélective en cause disposent, s'agissant des ventes des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle des marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray, que celles-ci doivent être réalisées dans un espace physique, dont les critères sont définis avec précision, et avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie.

37. Selon la juridiction de renvoi, l'exigence de la présence obligatoire d'un pharmacien diplômé dans un espace de vente physique interdit de facto aux distributeurs agréés toute forme de vente par Internet.

38. Ainsi que le soulève la Commission, la clause contractuelle en cause, en excluant de facto un mode de commercialisation de 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.

39. S'agissant des accords qui constituent un système de distribution sélective, la Cour a déjà relevé que de tels accords influencent nécessairement la concurrence dans le marché commun (arrêt du 25 octobre 1983, n° 107/82, *AEG-Telefunken / Commission, Rec.*, p. 3151, point 33). De tels accords sont à considérer, à défaut de justification objective, en tant que 'restrictions par objet'.

40. La jurisprudence de la Cour a, toutefois, reconnu qu'il existe des exigences légitimes, telles que le maintien du commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité, qui justifient une réduction de la concurrence par les prix au bénéfice d'une concurrence portant sur d'autres éléments que les prix. Les systèmes de distribution sélective constituent donc, du fait qu'ils visent à atteindre un résultat légitime, qui est de nature à améliorer la concurrence, là où celle-ci ne s'exerce pas seulement sur les prix, un élément de concurrence conforme à l'article 101, 1. TFUE (arrêt *AEG-Telefunken / Commission, précité*, point 33).

41. A cet égard, la Cour a déjà relevé que l'organisation d'un tel réseau ne relève pas de l'interdiction de l'article 101, 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, n° 26/76, *Metro SB-Großmärkte / Commission, Rec.*, p. 1875, point 20, ainsi que du 11 décembre 1980, n° 31/80, *L'Oréal, Rec.*, p. 3775, points 15 et 16).

42. S'il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si la clause contractuelle en cause interdisant de facto toutes les formes de vente par Internet peut être justifiée par un objectif légitime, il revient à la Cour de lui fournir à cet effet les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui lui permettent de se prononcer (voir arrêt *L'Oréal, précité*, point 14).

43. 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 au point 41 du présent arrêt.

44. A 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, C-108/09, *Ker-Optika*, non encore publié au *Recueil*, point 76).

45. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique se réfère, également, à la nécessité de préserver l'image de prestige des produits en cause.

46. L'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence et ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, 1. TFUE.

47. Sur la base des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première branche de la question posée que l'article 101, 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.

Sur la possibilité de l'exemption par catégorie ou de l'exemption individuelle

48. Au cas où il serait établi qu'un accord ou une clause contractuelle restreindrait la concurrence au sens de l'article 101, 1. TFUE, il appartiendra à la juridiction de renvoi d'examiner si les conditions du paragraphe 3 de cet article sont réunies.

49. La possibilité pour une entreprise de bénéficier, à titre individuel, de l'exception légale prévue à l'article 101, 3. TFUE découle directement du traité. Elle n'est contestée dans aucune des observations soumises à la Cour. Cette possibilité est également offerte à la requérante au principal.

50. En revanche, à cet égard, étant donné que la Cour ne dispose pas d'éléments suffisants pour apprécier si le contrat de distribution sélective satisfait aux conditions de l'article 101, 3. TFUE, elle ne peut pas fournir d'indications supplémentaires à la juridiction de renvoi.

51. En ce qui concerne la possibilité pour le contrat de distribution sélective de bénéficier de l'exemption par catégorie du règlement n° 2790/1999, il convient de relever que les catégories d'accords verticaux qui peuvent en bénéficier ont été définies par la Commission dans ledit règlement, sur le fondement de l'autorisation du Conseil contenue dans le règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article [81], 3. du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (*JO* 1965, 36, p. 533).

52. En vertu des articles 2 et 3 du règlement n° 2790/1999, un fournisseur, dans le cadre d'un système de distribution sélective, peut, en principe, bénéficier d'une exemption, lorsque sa part de marché ne dépasse pas 30%. Il ressort du dossier soumis à la Cour que la part de marché de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne dépasse pas ce seuil. En revanche, ce règlement, en application de l'article 2 du règlement n° 19/65, a exclu certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, indépendamment de la part de marché des entreprises concernées.

53. Ainsi, il résulte de l'article 4, sous c) du règlement n° 2790/1999 que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs, sous le contrôle des parties, 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, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé.

54. Une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par Internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution sélective.

55. Selon Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, l'interdiction de vendre les produits contractuels par Internet équivaut toutefois à une interdiction d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. Etant donné que, ainsi, les conditions de l'exemption prévues par la disposition *in fine*, citée au point 53, sont remplies, ledit article 4 ne lui serait pas applicable.

56. Il convient de constater que l'article 4, sous c) du règlement n° 2790/1999, en mentionnant 'un lieu d'établissement', ne vise que des points de vente où des ventes directes se pratiquent. La question qui se pose est celle de savoir si ce

terme peut être étendu, par une interprétation large, au lieu à partir duquel les services de vente par Internet sont fournis.

57. En ce qui concerne cette question, il convient de relever que, une entreprise ayant la faculté, en toutes circonstances, de soulever, à titre individuel, l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, 3. TFUE, ses droits pouvant ainsi être protégés, il n'y a pas lieu de donner une interprétation large aux dispositions qui font entrer les accords ou les pratiques dans l'exemption par catégorie.

58. Ainsi, une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation ne saurait être considérée comme une clause interdisant aux membres du système de distribution sélective concerné d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé au sens de l'article 4, sous c) du règlement n° 2790/1999.

59. Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux deuxième et troisième branches de la question posée que l'article 4, sous c) du règlement n° 2790/1999 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, 3. TFUE si les conditions de cette disposition sont réunies.

Sur les dépens

(...)

Note

Vente en ligne et distribution sélective: interdiction sur interdiction ne vaut

Pierre de Bandt et Raluca Gherghinaru¹

Le 13 octobre 2011, la Cour de justice de l'Union européenne s'est enfin prononcée sur la question préjudicielle posée par la cour d'appel de Paris² dans l'affaire '*Pierre Fabre*'. La question portait sur l'interprétation de l'article 81, 1. et 3. du traité CE [art. 101, 1. et 3. du TFUE]

et du règlement n° 2790/1999³ et, plus particulièrement, sur la validité d'une clause interdisant de manière générale et absolue la vente par Internet imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective.

1) LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE

1. L'article 101, 1. du TFUE interdit aux entreprises de conclure des accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. L'article 101, 3. du TFUE, quant à lui, prévoit que certains accords peuvent toutefois être exemptés s'ils remplissent une série de conditions⁴.

2. L'application de l'article 101 du TFUE aux accords verticaux (c.-à-d. entre non concurrents)⁵ a longtemps été controversée car, contrairement aux accords horizontaux (c.-à-d. entre concurrents), ils ne supposent pas une superposition de parts de marché⁶ et partant, leur impact sur la concurrence est fonction du pouvoir de marché au niveau du fournisseur et/ou de l'acheteur⁷.

¹. Avocats, & De Bandt Avocats.

². Paris 29 octobre 2009, n° 74/2009.

³. Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'art. 81, par. 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* L 336 du 29 décembre 1999.

⁴. L'art. 101, 3. du TFUE prévoit que les dispositions de l'art. 101, 1. du TFUE peuvent être déclarées inapplicables à tout accord 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, et sans (a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et (b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

⁵. Les accords verticaux sont définis comme des accords conclus entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (art. 1.1.a) du règlement (CE) n°330/2010).

⁶. Pour une analyse plus détaillée des effets des accords verticaux, voy. R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 7^{ème} éd., 2012, pp. 624 et s.

⁷. Point 23 des lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne, *JOUE* C 130/1 du 19 mai 2010 (ci-après les '*lignes directrices*').