Université Montpellier
Faculté de Droit et de Sciences politiques
Année 2019-2020 Semestre 8

Masters I – Droit de l'économie & Droit de l'entreprise

Plaquette de travaux dirigés : Références
Droit de la distribution

Pr. Daniel MAINGUY

Chargée de travaux dirigés : Jennifer BOUFFARD

Sommaire

- **Séance 1 :** Droit commun : information précontractuelle
- **Séance 2 :** Droit commun : durée et exclusivité
- **Séance 3 :** Approvisionnement exclusif : prix et contrepartie
- **Séance 4 :** Concession exclusive
- **Séance 5 :** Distribution sélective : sélection des distributeurs et protection du réseau
- **Séance 6 :** Distribution sélective et Internet
- **Séances 7 et 8 :** Contrat de franchise
- **Séance 9 :** Indivisibilité des contrats dans un réseau de distribution

Séance 1 : DROIT COMMUN : INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE

Cass. Com., 10 fév. 1998

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, le 6 juin 1989, la société ED Le Maraîcher SA, filiale de la société Erteco, a été constituée afin de regrouper l'activité de distribution de fruits et légumes de cette dernière ; qu'ensuite, la société Erteco a proposé à plusieurs de ses salariés d'exploiter des fonds de commerce de fruits et légumes dans des emplacements situés à l'intérieur de ses surfaces commerciales, par le biais d'une location-gérance ; que sept contrats furent ainsi conclus courant 1989, 1990 et 1991, entre elle-même et sept sociétés anonymes créées pour la circonstance et dans lesquelles elle détenait une action : les sociétés ED Le Maraîcher Malmaison, ED Le Maraîcher Moquet, ED Le Maraîcher Colombes, ED Le Maraîcher La Courneuve, ED Le Maraîcher Saint-Mandé, ED Le Maraîcher Francoeur et ED Le Maraîcher Faubourg-Saint-Antoine ; que ces contrats, conclus pour une durée de 15 ans, à l'exception des deux derniers, prévoyaient le paiement par les locataires-gérants d'un loyer mensuel de 6 000 francs et d'une redevance de 3 % du chiffre d'affaires ainsi que l'exclusivité de l'approvisionnement des locataires-gérants auprès de la " plate-forme " de la société ED Le Maraîcher SA ; que des différends étant survenus, les locataires-gérants ont assigné les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA pour obtenir l'annulation des contrats de location-gérance et de société conclus pour cette opération, ainsi que des dommages-intérêts ; que, par l'arrêt attaqué, la cour d'appel a prononcé la nullité des contrats de location-gérance et de société et ordonné une expertise pour évaluer le préjudice ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches :

Attendu que les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA font grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité de six contrats de location-gérance pour défaut d'information précontractuelle alors, d'une part, que l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 n'étant applicable qu'aux conventions dont l'objet principal est la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne, la cour d'appel a violé ce texte en l'appliquant à des contrats de location-gérance de fonds de commerce ; alors, d'autre part, qu'à tout le moins, en ne recherchant pas si les contrats de location-gérance avaient pour objet de mettre à la disposition des sociétés locataires-gérantes un nom commercial ou une enseigne, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Mais attendu que c'est à bon droit que l'arrêt retient, justifiant par là même sa décision, que les contrats en cause entrent dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée, l'obligation d'information s'imposant avant la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des parties ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le même moyen, pris en sa troisième branche ;

Vu l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Attendu que pour annuler six contrats de location-gérance, la cour d'appel se borne à énoncer que les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte qu'est limitée à dix ans la durée maximale de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ;

Attendu qu'ayant constaté que certains des contrats de location-gérance étaient assortis d'une clause d'exclusivité supérieure à 10 ans, la cour d'appel en a prononcé l'annulation ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les contrats étaient valides jusqu'à l'échéance du terme de dix ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil ;

Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;

Attendu que, pour annuler les sept contrats de location-gérance, l'arrêt retient que les dispositions relatives à l'approvisionnement exclusif ne comportent pas de mention relative à la détermination du prix, les documents produits établissant au demeurant que le fournisseur le fixait unilatéralement ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le quatrième moyen :

Vu l'article 1832 du Code civil ;

Attendu que pour annuler les contrats de société, l'arrêt retient que les parties n'avaient pas l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité car les contrats n'avaient été conclus que pour permettre l'établissement des contrats de location-gérance, la société ED Le Maraîcher SA cherchant à maintenir son contrôle sur le marché et son associé cherchant à accéder à l'activité de commerçant ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs relatifs aux motivations des parties, impropres à exclure leur volonté réelle de s'associer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il a annulé les contrats de location-gérance et de société, l'arrêt rendu le 7 juillet 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

Cass. Com., 4 fév. 2004

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Fina France que sur le pourvoi incident relevé par les époux X... ;

Attendu, selon l'arrêt déféré (Paris, 29 septembre 2000), que la société Fina France, aux droits de laquelle se trouve la société Total raffinage distribution (société Total), a consenti aux époux X... la location-gérance d'un fonds de commerce de station-service, situé à Carcassonne et qu'elle leur a consenti un crédit fournisseur de 220 000 francs correspondant à la fourniture de produits pétroliers ; que les époux Y... se sont portés cautions solidaires des engagements des époux X... ; que la société Fina France a aussi consenti aux époux X... la location-gérance d'un fonds de commerce de station-service situé à Albi et qu'elle leur a consenti un crédit fournisseur de 300 000 francs, avec la caution solidaire des époux Y... pour cette somme ; qu'à l'issue des relations entre les parties, les époux X... restant débiteurs de diverses sommes, la société Fina France les a assignés, ainsi que les cautions, en paiement du solde débiteur ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses cinq branches :

Attendu que la société Total reproche à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à obtenir la condamnation des époux X... à lui payer une somme de 500 000 francs et, en conséquence celle formée à l'encontre des époux Y..., alors, selon le moyen :

1 / que le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans les débats; que pour retenir la responsabilité de la société Fina France, la cour d'appel considère qu'elle n'a pas informé les époux X... sur le fait technique de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures et sur ses conséquences financières ; qu'en statuant ainsi, en l'état des écritures d'appel des époux X... qui ne faisaient pas le reproche à la société Fina France de ne pas les avoir informés du phénomène précédemment énoncé et de ses conséquences financières, la cour d'appel, qui fonde sa décision sur une situation de fait qui n'est pas dans les débats, méconnaît l'article 7, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile, ensemble excède ses pouvoirs ;

2 / que le juge ne peut fonder sa décision sur un moyen qu'il soulève d'office sans, au préalable, inviter les parties à s'en expliquer ;

qu'en relevant d'office le moyen tiré de la responsabilité de la société Fina France pour n'avoir pas informé les époux X... du phénomène technique de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures et de ses conséquences financières, sans, au préalable, avoir invité les parties à s'expliquer sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / que ni l'article L. 330-3 du Code de commerce ni l'article 1er du décret du 4 avril 1991 n'obligent la personne qui met à la disposition d'une autre un nom commercial, une marque ou une enseigne, en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi exigibilité pour l'exercice de son activité, à fournir, préalablement à la signature du contrat, une information d'ordre technique sur les caractéristiques précises du produit distribué ; qu'en décidant que la société Fina France devait, préalablement à la signature du contrat, fournir aux époux X... une information sur le phénomène technique avéré de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures, la cour d'appel a violé les articles L. 330-3 du Code de commerce et 1er du décret du 4 avril 1991 ;

4 / que c'est à celui qui soutient que son consentement a été vicié en raison de l'inexécution d'ure obligation d'information de rapporter la preuve de ce vice ; qu'en énonçant pour retenir la responsabilité de la société Fina France, d'une part, qu'il lui appartenait d'établir la parfaite connaissance exclusive de tout vice du consentement qu'avaient les époux X... lorsqu'ils se sont engagés, et, d'autre part, que cette preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation de l'article 1315 du Code civil ;

5 / que n'engage pas sa responsabilité le débiteur de l'obligation d'information prévue à l'article 330-3 du Code de commerce qui omet de fournir au créancier de cette obligation un document donnant des informations sincères lui permettant de s'engager en connaissance de cause, lorsque ce dernier est un professionnel de l'activité pour laquelle est mis à sa disposition un nom commercial, une marque ou une enseigne, en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ; que la société Fina France faisait valoir, ce que les époux X... avaient expressément reconnu, qu'avant de s'engager à exploiter les stations-service de Carcassonne et d'Albi, ils s'étaient déjà vu confier l'exploitation d'une autre station-service, située à Toulouse, ce dont il résultait qu'ils étaient des professionnels de la distribution des carburants au moment où ils ont contracté les 4 juin 1993 et 30 juin 1994 ;
qu'en retenant la responsabilité de la société Fina France dans de telles circonstances, la cour d'appel a violé l'article L. 330-3 du Code de commerce et l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que, loin de limiter l'absence d'information au phénomène technique avéré de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures, l'arrêt retient qu'il n'est pas contesté qu'aucun document n'a été remis aux locataires-gérants préalablement à la signature du contrat ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant retenu qu'en l'absence de remise du document précité, les époux X... ont été privés de précisions et d'informations essentielles qu'il leur était difficile, voire impossible de se procurer, l'arrêt constate, sans inverser la charge de la preuve, que la société Fina France n'établit pas la parfaite connaissance, exclusive de tout vice du consentement, qu'ils avaient lorsqu'ils se sont engagés ;

Attendu, enfin, que l'arrêt retient souverainement que l'exercice de la location-gérance dans trois stations-service en moins de trois ans ne peut donner aux époux X... la qualité de professionnels avertis et que certaines informations, spécifiques à chaque contrat, se rapportent à des stations-service distinctes ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
Sur le deuxième moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société Total fait encore le même reproche à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 / que, dans leurs écritures d'appel signifiées le 9 novembre 1998, les consorts Z... ne sollicitaient nullement la condamnation de la société Fina France à indemniser les premiers de leurs pertes d'exploitation en raison de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce ; qu'en se prononçant comme elle a fait, la cour d'appel méconnaît les termes du litige, en violation de l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

2 / que le juge ne peut se fonder sur un moyen qu'il soulève d'office sans inviter préalablement les parties à s'en expliquer ; qu'en relevant d'office le moyen tiré de ce que la méconnaissance par la société Fina France de son obligation d'information devait la conduire à indemniser les "pertes normales d'exploitation subies à l'occasion" des contrats d'exploitation de stations-service, sans inviter préalablement les parties à s'expliquer sur ce point, la cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / que, dans ses conclusions régulièrement signifiées la société Fina France faisant valoir au titre des accords interprofessionnels pour l'année 1995 dont le paiement était sollicité par les époux X... que "le montant de 265 918 francs avancé par les époux X... au titre du complément de revenus qui devrait être versé par la société Fina France est ainsi dénué de fondement" et que "par conséquent, la demande des appelants sera écartée" ; qu'en énonçant que la société Fina France ne discutait pas la somme réclamée par les époux X... en application des AIP pour l'année 1995, la cour d'appel a dénaturé les conclusions précitées en méconnaissance de l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que les époux X... lui ayant demandé de juger que la société Fina France avait engagé sa responsabilité et de rejeter toutes ses demandes, la cour d'appel, qui a accueilli leur demande, n'a méconnu ni les termes du litige, ni les dispositions de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, en second lieu, que la cour d'appel ayant rejeté la demande du chef du complément de revenus, la troisième branche du moyen est dénuée d'intérêt ;

D'où il suit que le moyen, qui ne peut être accueilli en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le troisième moyen, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société Total fait encore le même reproche à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 / que la responsabilité suppose toujours un préjudice ;
qu'en retenant la responsabilité de la société Fina France après avoir constaté, d'une part, "que le préjudice résultant de cette faute ne peut qu'être l'indemnisation des pertes normales d'exploitation subies à l'occasion de ces contrats", et, d'autre part, que les époux X... n'avaient subi aucune perte d'exploitation pour les années 1993 et 1995, les comptes arrêtés pour ces deux années traduisant des résultats positifs, ce dont il résultait qu'en l'absence de tout préjudice, la responsabilité de la société Fina France ne pouvait être retenue, la cour d'appel ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et méconnaît l'article 1382 du Code civil ;

2 / que pour être réparable, le préjudice doit être direct, actuel et certain ; qu'en condamnant en définitive la société Fina France à indemniser les époux X... à hauteur des dettes d'exploitation, dont elle sollicitait le paiement, sans constater que l'inexécution de l'obligation était bien la cause directe et exclusive de ces dettes d'exploitation, la cour d'appel ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

3 / qu'en toute hypothèse, l'inexécution de son obligation d'information par le débiteur prive le créancier de celle-ci de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé ; que, dans une telle hypothèse, il est dès lors de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération toutes les circonstances de l'espèce, les effets qu'aurait pu avoir l'information quant au consentement ou au refus du créancier de l'obligation ; que la cour d'appel a relevé, de manière générale, que si les époux X... avaient reçu l'information de l'article L. 330-3 du Code de commerce, ils auraient pu soit ne pas conclure, soit limiter leurs engagement financiers pour parvenir à une gestion équilibrée ; qu'en statuant comme elle a fait, sans constater, au regard des circonstances propres à l'espèce, que, s'ils avaient reçu l'information omise, les époux X... auraient effectivement refusé de conclure ou limité leurs engagements financiers, la cour d'appel ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

4 / qu'en toute hypothèse, l'élément du préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition de la probabilité d'un élément favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine ; que l'indemnité accordée pour réparer la perte d'une chance ne peut être égale à la totalité du préjudice distinct résultant de la réalisation de l'événement affecté d'un aléa ; qu'en statuant comme elle a fait, sans se prononcer sur le point pertinent de savoir à quelle fraction des dettes d'exploitation devait être évaluée la perte de chance résultant pour les époux X... de ce qu'ils n'avaient pu donner un consentement éclairé, la cour d'appel ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé la faute commise par la société pétrolière lors de la période qui a précédé la conclusion du contrat, l'arrêt constate que le préjudice résultant de cette faute est constitué pour le locataire-gérant par la privation de la possibilité soit de ne pas contracter, soit de limiter ses engagements financiers pour parvenir à une gestion équilibrée ; qu'il retient que l'indemnisation de ce préjudice ne peut qu'être celle des pertes normales d'exploitation subies à l'occasion de ce contrat, sans qu'il y ait faute du

locataire-gérant ; qu'il retient encore qu'il n'est pas contesté que les sommes réclamées par la société Fina France se rapportent à des dettes normales d'exploitation générées principalement par les crédits fournisseurs initiaux, et qu'hors ces dettes, les époux X... n'ont pas subi d'autres pertes d'exploitation ; qu'ayant ainsi retenu qu'il est résulté de la faute de la société Fina France un préjudice constitué par la dette née du contrat et subsistant à son terme, la cour d'appel, qui a effectué la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le pourvoi incident des époux X... :

Vu l'article 1134 du Code civil ;
Attendu que pour rejeter la demande en paiement d'une somme de 345 094 francs au titre des rémunérations minimales prévues par les accords interprofessionnels formée par les époux X..., l'arrêt constate qu'ils réclament une somme de 105 426 francs en vertu des accords interprofessionnels que ne discute pas la société Fina France et dont il n'est pas contesté qu'elle n'a pas été payée aux époux X..., mais retient que compte tenu de la nature du préjudice subi du fait "du non-respect de la loi Doubin" et eu égard à l'exonération des époux X... du paiement des pertes normales d'exploitation, il n'y a pas lieu de condamner la société Fina France à payer cette somme ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans expliquer en quoi l'exonération des époux X... du paiement de leurs dettes d'exploitation, prononcée en réparation du préjudice subi par eux en suite du défaut d'information fautif de la société Fina France, excluait qu'ils puissent prétendre, indépendamment de la responsabilité encourue par le pétrolier, au paiement des minima garantis par la convention, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande des époux X... au titre des rémunérations minimales prévues par les accords interprofessionnels, l'arrêt rendu le 29 septembre 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Cass. com., 7 juillet 2004

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 mars 2002), qu'ayant successivement exploité comme locataires gérants et mandataires de la société Esso trois stations-services selon contrats du 23 mars 1987, 28 septembre 1992 et 18 mai 1993, les époux X... et la société X... dont ils étaient cogérants, ont assigné la société Esso en remboursement des pertes d'exploitation et paiement d'une prime de fin de gérance au titre de l'exploitation de deux de ces trois stations-services et en paiement de dommages-intérêts pour manquement aux dispositions de la loi du 31 décembre 1989 devenue l'article L. 330-3 du Code de commerce , en ce qui concerne le contrat conclu pour l'exploitation de la station service située à la Chaussée Saint-Victor ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les époux X... et la société X... font grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande de la

société X... tendant à ce que soit prononcée la nullité du contrat d'exploitation de la station-service de la Chaussée-Saint-Victor en date du 18 mai 1993, alors, selon le moyen, qu'aux termes de l'article L. 330-3 du Code de commerce "toute personne qui met à disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause" ; qu'il n'était pas contesté en l'espèce que le contrat d'exploitation avait été conclu dans l'intérêt commun des parties et que la société Esso avait mis à la disposition de la société X... un nom commercial, une marque et une enseigne en vertu d'un contrat d'exclusivité ; qu'en mettant à la charge de la société X... une obligation de se renseigner bien qu'en vertu de l'article L. 330-3 du Code de commerce , c'est sur la société Esso que pesait une telle obligation, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

Mais attendu que l'arrêt énonce que la méconnaissance par une partie des dispositions de l'article L. 330-3 du Commerce, qu'elle a constatée, ne peut entraîner la nullité de la convention qu'autant qu'elle a eu pour effet de vicier le consentement ; que l'arrêt constate qu'à la date à laquelle elle a signé le contrat pour l'exploitation de la station en cause, la société X... avait exploité depuis plus de six années des stations-services Esso dans des environnements fort différents et avait été à même d'apprécier les chances et les risques d'une telle exploitation ; que l'arrêt relève qu'elle a pu en particulier constater que l'exploitation de ces stations-services avait été déficitaire et qu'à supposer que l'exploitation de la station-service -"moyenne" soit déficitaire, la société X... aurait eu tout le loisir de s'en rendre compte ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, dont elle a déduit que la preuve du vice du consentement n'était pas rapportée, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait, abstraction faite des motifs inopérants mais surabondants critiqués par le moyen, qui n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société X... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande en remboursement des pertes subies pour l'exploitation de la station-service de La Chaussée Saint-Victor, alors, selon le moyen, que les pertes que le mandataire a essuyées à l'occasion de sa gestion et dont les parties peuvent décider qu'elles seront couvertes par un forfait sont exclusives de celles qui ont pour origine un fait imputable au mandant, que la société X... faisait valoir dans ses conclusions que la société Esso fixait unilatéralement le prix de vente de ses carburants, déterminant le litrage et la commission versée à la société X..., dont le caractère insuffisant était à l'origine des pertes essuyées par cette dernière ; qu'en écartant toutefois ce moyen dès lors que les pertes pouvaient être couvertes par le forfait prévu et valablement mises à la charge de la société X... au motif que la société Esso n'exerçait pas de contrôle total de la rémunération versée à cette dernière bien qu'une simple maîtrise suffisait, la cour d'appel qui a imposé une condition qui n'est pas exigée par la jurisprudence, a violé l'article 2000 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt relève que les parties sont libres de déroger aux dispositions des articles 1999 et 2000 du Code civil , qui ne sont pas d'ordre public, prévoyant le remboursement au mandataire et l'indemnisation des pertes essuyées par le mandataire à l'occasion de sa gestion ; que l'arrêt constate que c'est ce qu'ont fait en l'espèce la société Esso

et la société X..., en convenant que le mandataire percevrait une commission composée d'une partie fixe et d'une partie variable calculée en fonction du volume vendu dont le montant couvre forfaitairement la rémunération et l'ensemble des frais et pertes de la société ; que l'arrêt estime que les dispositions contractuelles en cause sont claires, dépourvues d'ambiguité et ne nécessitent aucune interprétation ; que l'arrêt observe que la société X... n'est pas fondée à soutenir que la rémunération versée dépendait de la seule volonté de la société Esso, dès lors qu'une partie fixe était prévue et que le volume des carburants distribués dépend de bien des facteurs autres que le prix fixé, tels que le dynamisme commercial du distributeur ou la qualité de l'accueil et du service dans la station ; qu'en l'état de ces constatations et observations dont elle a souverainement déduit que la société Esso n'avait pas conservé la maîtrise des conditions de distribution du carburant, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. Com., 19 janvier 2010

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 27 novembre 2008), que la Banque régionale de l'Ouest (la BRO), aux droits de laquelle se trouve le Crédit industriel de l'Ouest, a consenti à la société LCEC, avec le cautionnement solidaire des époux X... et de la société HCCL, société holding appartenant à ceux-ci, un prêt ayant pour objet le financement de travaux d'aménagement et des besoins en fonds de roulement d'un magasin de matériel électroménager, audiovisuel et informatique, créé sous l'enseigne Expert, laquelle est exploitée par un groupement coopératif de commerçants indépendants qui, par l'adhésion au réseau, bénéficient d'une centrale de référencement ; que la société LCEC ayant été mise en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit a déclaré sa créance et assigné les cautions en exécution de leurs engagements ; que les époux X... ont alors appelé en garantie les sociétés Groupe Expert et Expert France, devenue la société EX & CO (les sociétés Expert), en leur reprochant d'avoir établi une étude de marché fautive à l'origine de la défaillance de la société LCEC ; que M. Z..., mandataire liquidateur de la société LCEC, et la société Langlois, maison mère de cette société, sont intervenus volontairement à l'instance ;

Attendu que les sociétés Expert font grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à garantir les époux X... au titre des sommes dues à la BRO ainsi qu'à payer à M. X... la somme de 73 700 euros et à M. A..., liquidateur des sociétés Langlois et HCCL, la somme de 76 300 euros à titre de dommages-intérêts, alors selon le moyen :

1°/ que "Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause » ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur ; qu'en relevant que les sociétés Langlois et LCEC avaient la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et donc n'étaient pas

tenues à l'égard des sociétés Expert d'une exclusivité d'activité, et en appliquant néanmoins les dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce relatives à l'information préalable, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article L. 330-3 du code de commerce ;

2°/ que la pièce n° 10 intitulée «Etude de marché» indiquait dans la rubrique «Estimation du marché potentiel» un simple «CA (chiffre d'affaires) théorique objectif» (Etude de marché, p. 38) pour trois années et non de véritables «comptes prévisionnels» ; qu'en considérant néanmoins que les sociétés Expert avaient établi des «comptes prévisionnels», et, partant, commis une faute à l'origine des préjudices subis par les époux X... et les sociétés LCEC et Langlois, la cour d'appel a dénaturé l'«Etude de marché» et violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que l'article L. 330-3 du code de commerce ne met pas à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état des comptes prévisionnels ; que si de tels documents sont néanmoins établis et communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition ; qu'en considérant néanmoins que, dans le cas où de telles informations sont données, l'article L. 330-3 du code de commerce impose à l'animateur du réseau une présentation sincère du marché local ainsi que l'établissement de budgets raisonnables sur la base de chiffres non contestables, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 330-3 du code de commerce ainsi que l'article 1382 du code civil ;

4°/ que la bonne foi est toujours présumée et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver ; qu'en considérant que les sociétés Expert avaient méconnu leur obligation de contracter de bonne foi en délivrant une étude de marché local ainsi que des comptes prévisionnels trop optimistes, sans pour autant caractériser leur mauvaise foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2274 du code civil ;

5°/ que seul le dommage directement causé par une faute est réparable ; que la cour d'appel n'a pas recherché si la faute reprochée consistant dans la réalisation d'une étude du marché local insuffisante ainsi que dans l'établissement de comptes prévisionnels trop optimistes, était à l'origine du préjudice et n'a pas vérifié si les époux X... n'auraient pas conclu, en toute hypothèse, le contrat ; qu'en mettant néanmoins à la charge des sociétés Expert la réparation de l'entier dommage découlant de la conclusion du contrat avec les époux X..., sans vérifier si les fautes reprochées aux sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent avaient directement causé la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc la mise en œuvre des cautionnements par la BRO, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que s'il existe pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce s'imposait aux sociétés Expert ;

Attendu, en deuxième lieu, que si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de

procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ;

Attendu, en troisième lieu, que l'arrêt précise que la charte de partenariat Expert est donnée avec calcul d'un chiffre d'affaires prévisionnel figurant dans une étude de marché de quarante huit pages dont il détaille le contenu et les défauts de méthode ; qu'il relève que le chiffre d'affaires réalisé par la société LCEC a été inférieur de plus de 36 % au chiffre d'affaires prévisionnel et retient que l'ampleur des différences entre prévisions et résultats traduit la légèreté avec laquelle cette étude a été entreprise alors qu'aucune faute de gestion expliquant les déboires du fonds de commerce n'est démontrée ; que la cour d'appel qui n'a pas dénaturé l'«Etude de marché» et n'avait pas à procéder à la recherche invoquée par la quatrième branche, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, enfin, que l'arrêt relève que les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO ; qu'ayant ainsi procédé à la recherche qu'il lui est reproché d'avoir négligée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 28 mai 2013

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 septembre 2011), que M. X... a conclu le 15 décembre 2003 un contrat de franchise avec la société Alizés diffusion (le franchiseur) pour l'exploitation d'un centre de bronzage sous l'enseigne « Point soleil » ; que M. X... ayant cessé de payer les redevances prévues au contrat, le franchiseur s'est prévalu de la clause résolutoire et a résilié le contrat à compter du 20 août 2006 ; que par acte du 26 janvier 2006, M. X... a fait assigner le franchiseur en annulation du contrat sur le fondement du dol ; que le franchiseur, alléguant que M. X... avait poursuivi l'exploitation du centre de bronzage en utilisant l'enseigne et le savoir-faire du réseau, a demandé reconventionnellement la réparation de son préjudice ; que M. Y..., nommé administrateur judiciaire puis commissaire à l'exécution du plan de continuation de M. X..., est intervenu à l'instance;

Sur le premier moyen:

Attendu que M. X... et M. Y... font grief à l'arrêt de rejeter leur demande en annulation du contrat alors, selon le moyen:

1°/ que le franchiseur doit, avant la signature du contrat de franchise, remettre au franchisé un document contenant notamment « une présentation de l'état général et local du marché… et les perspectives de développement de ce marché » ; que la cour d'appel,

qui a retenu que le document établi par la société Alizés diffusion « ne comportait pas d'état local de marché », mais que M. X... devait s'informer par lui-même de cet état et que, dès lors, ce manquement du franchiseur à ses obligations précontractuelles d'information n'était pas susceptible de constituer un dol, a violé les articles L. 330-3 et R. 330-2 du code de commerce ;

2°/ que le document est communiqué vingt jours minimum avant la signature du contrat et que doivent y être annexés les comptes annuels des deux derniers exercices ; que la cour d'appel, qui a souligné que le document avait été communiqué six mois avant la signature du contrat et qu'ainsi M. X... avait eu tout le temps d'en prendre connaissance et de compléter les informations manquantes, sans rechercher si, comme le faisait valoir M. X..., les comptes annuels des deux dernières années n'y étaient pas annexés et ne lui avaient été communiqués que quelques jours seulement avant la signature du contrat, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 330-3 et R. 330-2 du code de commerce ;

3°/ que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... qui, soutenant que de nombreux franchisés de la société Alizés diffusion avaient déposé le bilan, faute de rentabilité, faisaient valoir que le document, contrairement aux prescriptions de l'article R. 330-2-5 -C du code de commerce, ne donnait aucune indication sur le nombre d'entreprises qui avaient cessé de faire partie du réseau et sur les motifs de cette disparition, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement;

Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté, par motifs adoptés, que le document d'information précontractuelle qui contenait les comptes sociaux des deux exercices précédents, avait été remis à M. X... le 18 juin 2003 et que le contrat de franchise a été conclu le 15 décembre suivant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche demandée, a légalement justifié sa décision;

Et attendu, enfin, qu'ayant retenu que le préambule du contrat de franchise précisait que le franchisé reconnaissait avoir eu communication de tous les documents et informations précontractuels exigés par la législation applicable, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Cass. com., 8 juin 2017, n°15-29093 :

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société BM Est France que sur le pourvoi incident relevé par les sociétés AGS Provence, M2 Conseil, Evelnis, Valides solutions et MM. X...et Z..., en leur qualité respective de liquidateurs judiciaires des sociétés CG Freelance et ACGR Finance ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société BM Est France (la société BM) a consenti des contrats de franchise aux sociétés AGS Provence, M2 Conseil, Evelnis, Valides solutions, CG Freelance et ACGR Finance (les franchisées) pour l'exploitation de " la technique Rivalis " destinée à l'assistance à la gestion des très petites entreprises ; qu'invoquant un dol, les franchisées et MM. X...et Z..., ès qualités, ont assigné la société BM en annulation des contrats et en restitution des sommes versées ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Vu les articles 1116 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et L. 330-3 du code de commerce ;

Attendu que pour faire droit aux demandes des franchisées, l'arrêt retient que le document d'information précontractuel qui leur a été remis ne contenait pas de présentation du marché local et comprenait des informations sur le réseau qui étaient anciennes ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la situation du réseau avait été récemment modifiée et si celle du marché local différait de celle du marché national de sorte que les franchisées ne se seraient pas engagées en connaissance de cause, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

[…]

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi principal ni sur le pourvoi incident :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 septembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Metz ;

Cass. com., 3 nov. 2016, n° 15-24.886

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 24 juin 2015), que la société YSMB, dirigée par M. X..., a conclu, le 8 juin 2011, un contrat de franchise avec la société SDAR, aux fins d'exploiter un restaurant de pâtes à emporter, sous l'enseigne Nooï ; qu'estimant que cette dernière s'était rendue coupable de dol à leur égard, ils l'ont assignée en nullité du contrat et en réparation de leurs préjudices ;

Attendu que la société SDAR et la SELARL Weil et Guyomard, agissant en qualité de commissaire à l'exécution du plan de celle-ci, font grief à l'arrêt de prononcer la nullité du contrat et de la condamner au paiement de certaines sommes à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que le dol n'est constitué que lorsque les manoeuvres dolosives ont entraîné une erreur du cocontractant ; qu'au cas présent, la société SDAR faisait valoir que, dans la mesure où il était constant que M. X... avait été informé de l'adresse du précédent point de vente à Mérignac et que celui-ci se situait à 500 m de son propre point de vente, il avait nécessairement connaissance de la circonstance que ce point de vente avait fermé depuis lors ; qu'en retenant que la société SDAR aurait volontairement caché à son cocontractant la fermeture du premier point de vente à Mérignac, sans rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, si la société YSMB et M. X... n'en avaient pas nécessairement eu connaissance par eux-mêmes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1116 et 1382 du code civil ;

2°/ que la société SDAR faisait valoir qu'au cas présent, M. X... n'avait pas considéré les calculs de profitabilité et de comptes prévisionnels comme un élément déterminant de son consentement dans la mesure où M. X... avait souhaité conclure « le plus rapidement possible » et qu'il n'avait réalisé les prévisionnels que postérieurement au consentement donné ; que, pour toute réponse, la cour d'appel s'est bornée à énoncer que « à l'évidence, l'établissement des comptes prévisionnels sont un élément déterminant du processus de consentement » ; qu'en statuant ainsi, par des motifs généraux et abstraits, sans rapport avec les faits de l'espèce, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que l'erreur, provoquée par dol ou non, est un décalage entre la réalité et la représentation qu'en a eu l'une des parties ; que le simple fait que les résultats prévus ne soient pas atteints n'établit pas une erreur de la part du franchisé dès lors qu'il n'est pas établi que cet échec est imputable au caractère exagérément optimiste des résultats prévus, ce qu'il appartient à la cour de vérifier ; qu'au cas présent, pour caractériser une erreur sur la rentabilité, la cour d'appel s'est bornée à constater que la société YSMB n'avait pas réalisé les résultats escomptés ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher ni établir que cet échec aurait été imputable à des données exagérément optimistes communiquées par la société SDAR, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1116 du code civil ;

4°/ que la société SDAR faisait valoir qu'en tout état de cause, les prévisions établies par M. X... auraient pu être atteintes si le trafic routier n'avait pas été fortement perturbé après l'ouverture du point de vente, toutes les routes y conduisant ayant été successivement fermées ; que la cour d'appel a retenu une erreur sur la rentabilité par cela seul que le franchisé n'avait pas atteint les résultats prévisionnels sans répondre à ce moyen ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5°/ que la société SDAR faisait valoir que M. X... avait lui-même choisi une surface de vente

plus de quatre fois supérieure aux surfaces moyennes recommandées par la société SDAR, ainsi qu'indiqué dans les différents documents remis à M. X..., et que ce choix, inhabituel, créait un risque que M. X... avait en toute connaissance de cause choisi d'assumer ; que la cour d'appel n'a pas répondu à ce moyen, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il résultait des contrats de partenariat par elle conclus que la société SDAR s'engageait à fournir au partenaire les statistiques commerciales et les performances des autres établissements du réseau Nooï, avec l'affirmation que ces informations étaient indispensables à l'évolution de l'enseigne et aux performances du réseau, qu'il appartenait impérativement à celle-ci d'informer son cocontractant de la cessation d'exploitation de l'enseigne dans la même zone de chalandise, et, plus généralement, que la société SDAR avait l'obligation de faire une présentation loyale du réseau d'exploitants, l'arrêt retient qu'en occultant les raisons de l'échec du précédent franchisé ainsi que les répercussions qui en ont découlé sur le secteur au regard de la réputation commerciale de l'enseigne, en procédant à une présentation erronée du réseau et en opérant une transmission erronée des chiffres prévisionnels, le franchiseur a enfreint son obligation de sincérité sur des données nécessairement déterminantes au regard du consentement du franchisé et que les informations transmises, par leur caractère erroné et dénué de sérieux, sont révélatrices de la volonté délibérée de la société SDAR de tromper le consentement de son cocontractant ;

Que, par ces seules énonciations, procédant de son appréciation souveraine, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de procéder à des recherches que ses propres constatations rendaient inopérantes, a satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile et légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Séance 2 : DROIT COMMUN : DURÉE ET EXCLUSIVITÉ

Cass. Com., 27 avril 1971

Sur le premier moyen :
Vu les articles 1591 et 1592 du code civil ;

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaque que, par convention du 21 mars 1963, la société Esso standard a consenti à la société socomanut un prêt d'argent pour l'aménagement du garage exploite par celle-ci et un prêt de matériel pour la vente au détail de carburants ;

Qu'en contrepartie la société socomanut s'est engagée à s'approvisionner en carburants, exclusivement pendant dix-huit ans, auprès de la société Esso standard ;

Que cette convention, qui ne contenait aucune indication de prix, a été exécutée d'abord sous le régime d'un arrête du 28 octobre 1952 qui fixait les marges respectives maximum de bénéfice de la compagnie distributrice et du pompiste" détaillant ;

Que si Esso standard et la société socomanut avaient ainsi chacun leur marge propre, avec la possibilité pour chacun de la diminuer, ils avaient, en l'espèce, toujours été d'accord, jusqu'à l'intervention de l'arrête du 27 mai 1963, applicable à partir du 1er octobre de la même année, pour que le prix de vente des carburants par Esso-standard fut fixe au maximum ;

Que le nouvel arrête ne fixant plus que le prix limite de vente aux consommateurs et réalisant ainsi une fusion des deux marges, la société socomanut, par lettre du 6 mai 1966 demeurée sans réponse, manifesta son désaccord a la société Esso standard au sujet des prix que celle-ci appliquait et, le 28 juin 1966, elle l'assigna en vue de faire déclarer la caducité de la convention ;

Attendu que l'arrêt attaque, pour décider qu'avant de statuer, il y a lieu d'ordonner une expertise en vue de rechercher à quelles conditions de prix ont été vendus les carburants en 1966 par Esso standard aux pompistes de sa marque lies a elle par des conventions d'exclusivité, retient essentiellement que si le contrat cadre ne contient aucune indication de prix de vente ou de détermination de ce prix, la société scorant a, conformément a un usage qui s'était instaure dans la profession, sous le régime de l'arrête du 28 octobre 1952, toujours accepte de payer les carburants au prix fixe par les tarifs pompistes Esso qui n'étaient que la reproduction des prix limites autorises par cet arrête, mais que ce régime ayant disparu à partir du 1er octobre 1963 sous l'empire du nouvel arrête qui avait réalisé la fusion des marges, et avec lui, la garantie que représentait l'arbitrage de l'administration il n'était pas possible, sans trahir la commune intention des parties, d'estimer que s'imposent encore à celles-ci les dernières marges et les derniers prix en vigueur lors du changement de système, que, néanmoins, s'il n'y avait pas de prix de marche et si Esso standard ne peut justifier ses prétentions, quant au maintien du prix, en soutenant que son tarif est conforme au barème du comité professionnel du pétrole, qui ne peut être considère comme un tiers au sens de l'article 1592 du code civil, il s'établissait lors des discussions instituées chaque jour à l'occasion de la passation de nouveaux contrats de concession entre Esso et des pompistes de marque, une "sorte de

cours moyen" dont est inspire le tarif particulier de ladite société, auquel celle-ci se réfère pour la facturation de ses fournitures, et qui n'est pas arbitraire puisqu'il est la traduction, au moment considère, du niveau maximum du prix des fournitures de la marque ;

Que, des lors, les contrats cadres demeurent applicables sous l'empire de l'arrête ministériel de 1963, sous réserve toutefois que Esso standard n'impose pas à ses pompistes de marque des prix discriminatoires ;

Attendu qu'en admettant ainsi que, faute d'accord entre les parties sur le prix pour la période postérieure a l'arrête du 1er octobre 1963, les prix fixes par Esso standard pouvaient être retenus, alors qu'elle estime que ces prix ne constituaient pas des prix de marche sans établir que leurs éléments ne dépendaient pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties, la cour d'appel n'a pas donné de base légale a sa décision ;

Et sur le second moyen : vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;

Attendu qu'aux termes de ce texte est limitée a dix ans la durée maximum de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage, vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ;

Attendu que pour décider que la limitation prévue par ce texte n'était pas applicable à l'engagement pris par socomanut, d'acheter, exclusivement pendant dix-huit ans, les carburants a Esso standard, l'arrêt déclare que la convention-cadre ne constituait ni une vente, ni une promesse de vente, mais une obligation de faire consistant à pratiquer des opérations commerciales selon certaines règles, que l'application de la loi susvisée, qui n'intéresse que les contrats de vente, de cession ou de louage ne peut être étendue a la convention en cause dans laquelle l'exclusivité promise, objet principal du contrat, est la contrepartie d'avantages financiers précisément calcules, quant à leur importance et leur amortissement, sur la durée de l'engagement souscrit par le pompiste ;

Attendu qu'en refusant ainsi d'admettre que l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 était applicable, alors qu'elle constatait que la clause d'exclusivité de vente du carburant était l'objet principal du contrat la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs : casse et annule l'arrêt rendu entre les parties, le 22 avril 1969, par la cour d'appel de paris ;

Remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit arrêt, et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

Cass. Com., 7 avril 1992

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le 20 mars 1962, la société Pepsi-Cola, devenue Pepsico (société Pepsico) et la Compagnie française de boissons gazeuses aux droits de laquelle sont venues la société Source Perrier et la Société générale de grandes sources d'eaux minérales françaises (société Perrier) ont conclu un contrat aux termes duquel la société Perrier s'engageait pour une durée de 60 ans, à mettre en bouteille, à partir d'un concentré fourni exclusivement par la société Pepsico et selon un conditionnement fixé par celle-ci, une boisson gazeuse destinée à être distribuée sur le territoire français et en Principauté de Monaco, la société Perrier s'interdisant de mettre en bouteille et de commercialiser aucune autre boisson semblable à une boisson au cola, ou comportant dans sa dénomination le mot cola ou imitant la boisson produite à partir du concentré de la société Pepsico ; qu'à partir de 1988, des difficultés résultant de ce que la société Perrier, devenue concessionnaire d'autres sociétés, commercialisait d'autres boissons gazeuses que celle prévue par le contrat, ont surgi entre ces deux sociétés, que le 31 octobre 1989, la société Pepsico a résilié unilatéralement le contrat, puis, le 6 décembre 1989, assigné la société Perrier en caducité de la clause d'exclusivité et en nullité de la totalité du contrat ; que la cour d'appel a considéré que les dispositions de l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 n'étaient pas applicables en la cause ;

Sur le moyen unique pris en sa première branche :
Vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;
Attendu qu'aux termes de ce texte, est limitée à 10 ans la durée maximum de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis du vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ;
Attendu qu'après avoir retenu que l'engagement unilatéral pris par la société Perrier de s'approvisionner exclusivement auprès de la société Pepsico en concentré servant à la fabrication de la boisson gazeuse s'analysait en un accord de distribution exclusive, l'arrêt retient pour écarter l'application au contrat de l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943, que l'obligation mise à la charge de la société Perrier de n'acheter qu'à la société Pepsico les produits visés au contrat ne modifiait pas l'économie de la convention qui avait pour objet la fabrication et la commercialisation de ces produits à partir du concentré fourni par la société Pepsico ;
Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'elle se trouvait en présence d'une clause d'exclusivité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur la troisième branche du moyen :
Vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943, ensemble l'article 1338 du Code civil ;
Attendu que les actes dont la nullité est absolue étant dépourvue d'existence légale ne sont pas susceptibles de confirmation ;
Attendu que la cour d'appel retient encore que l'exécution sans réserve par la société Pepsico de l'accord d'exclusivité jusqu'au 5 octobre 1989 et la conclusion de contrats annuels de publicité traduisaient la volonté de renoncer à se prévaloir de la nullité de la clause d'exclusivité ;
Attendu qu'en statuant ainsi alors que les relations contractuelles des parties entraient dans les prévisions de la loi du 14 octobre 1943, dont l'application peut être demandée par toute personne y ayant intérêt, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième, quatrième et cinquième branches du moyen : CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 septembre 1990, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

Cass. Com., 16 février 2010

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, se plaignant d'avoir été exclue de la commercialisation du terminal mobile vendu sous la dénomination iPhone, la société Bouygues Télécom (Bouygues) a, le 18 septembre 2008, saisi le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, (le Conseil) de pratiques mises en oeuvre dans le cadre de la distribution de l'iPhone sur le marché français et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ; que, par décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008, le Conseil, après avoir sollicité l'avis de l'ARCEP, et avoir retenu l'existence d'une atteinte grave et immédiate portée à l'économie du secteur des services de téléphonie mobile et à l'intérêt des consommateurs en raison d'accords d'exclusivités liant les sociétés Apple aux sociétés France Télécom et Orange relativement au terminal iPhone fabriqué par Apple, exclusivités susceptibles de contrevenir aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, a prononcé des mesures conservatoires consistant notamment en la suspension de clauses contractuelles faisant d'Orange l'opérateur mobile exclusif pour les terminaux iPhone et de celles désignant Orange en qualité de grossiste habilité à titre exclusif à acheter des produits iPhone à des fins de distribution ;

Sur la recevabilité du pourvoi, contestée par la défense :

Attendu que la recevabilité du pourvoi immédiat est contestée par la société Bouygues au motif que les dispositions du code de procédure civile ne cédant que devant les dispositions expressément contraires du code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre les décisions du Conseil, la recevabilité du pourvoi en cassation est, en matière de mesures conservatoires, régie par les dispositions des articles 606 et 608 du code de procédure civile ;

Mais attendu que les arrêts de la cour d'appel de Paris statuant sur recours formés contre des décisions du Conseil prises au titre de l'article L. 464-1 du code de commerce, peuvent, par application des dispositions des articles L. 464-7 et L. 464-8 du même code, être frappées d'un pourvoi en cassation dans le délai d'un mois à compter de leur notification ; qu'il s'ensuit que le pourvoi est recevable ;

Attendu que le premier moyen, le deuxième moyen, pris en sa neuvième branche et le troisième moyen, pris en ses quatrième, cinquième, huitième, neuvième et dixième branches, ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles 81 du traité CE, L. 420-1 et L. 464-1 du code de commerce ;

Attendu que, pour dire les exclusivités accordées par Apple à Orange susceptibles d'être contraires aux dispositions de l'article 81 du traité et L. 420-1 du code de commerce, l'arrêt, statuant par motifs propres et adoptés, constate qu'en vertu du partenariat liant ces sociétés, Orange est, en France, l'opérateur mobile exclusif pour les terminaux iPhone, qu'Orange est également le grossiste exclusif de ces produits et que l'exclusivité qui lui est consentie en qualité d'opérateur de réseau est renforcée dans les contrats de distribution sélective proposés par Apple à ses distributeurs agréés, qui prévoient que ceux-ci doivent offrir à la vente la gamme complète des services de téléphonie mobile d'Orange pour l'iPhone et que, s'ils peuvent vendre les terminaux "nus", c'est à la condition que ces derniers soient bloqués pour n'accepter que des cartes SIM du réseau Orange, étant précisé que le consommateur demandant le déverrouillage de l'appareil pour l'utiliser sur un autre réseau avant un délai de six mois, doit acquitter une somme de 100 euros ; qu'il relève que ces exclusivités, qui conduisent à ce que l'iPhone soit commercialisé uniquement avec un abonnement Orange, excluent toute commercialisation de ce terminal dans les réseaux monomarques des opérateurs de réseau concurrents d'Orange et imposent à un consommateur désireux d'acquérir un iPhone de souscrire simultanément un contrat chez Orange, ou d'acquitter des frais de "désimlockage" injustifiés, augmentant ainsi le coût de changement d'opérateur et rendant donc le contournement du monopole plus difficile et de fait des plus limité ; qu'il rappelle que l'ARCEP a souligné dans son avis la durée exceptionnelle de l'exclusivité ainsi consentie à Orange, soit 5 ans pour tous les produits de la gamme iPhone au lieu de, habituellement, 3 à 6 mois et pour un modèle de terminal donné et relève que la durée de l'exclusivité, serait-elle réduite à trois ans par la volonté d'Apple qui s'en est contractuellement réservé la possibilité, est disproportionnée au regard des investissements spécifiques consentis par Orange ; qu'il précise que l'iPhone, qui se distingue d'autres smartphones par son ergonomie d'usage, a vocation à bénéficier de l'effet de levier résultant de la position largement prééminente d'Apple, sur le marché des baladeurs numériques grâce à l'iPod, et sur celui du téléchargement payant de musique en ligne ; qu'il relève que le champ et la durée de l'exclusivité consentie à Orange, jointe à l'attractivité particulière de l'iPhone est de nature à conférer à Orange un avantage concurrentiel majeur ; qu'il retient que, compte tenu de la faible intensité compétitive qui règne d'ores et déjà sur le marché des services de téléphonie mobile, dont celui de l'internet mobile est un nouveau segment, tenant aux circonstances que les opérateurs sont peu nombreux (3 licences et quelques MVNO), qu'ils ont pour habitude de coupler la vente de terminaux avec des engagements de durée et que les coûts de changement d'opérateurs sont élevés, cet avantage est susceptible de renforcer la position d'Orange, leader sur le marché des services de téléphonie mobile avec 43,8 % du parc d'abonnés en septembre 2008, devant SFR, 33,7 % et Bouygues, 17,3 % et d'affaiblir un peu plus la concurrence que peuvent se faire les opérateurs mobiles sur ce marché ; qu'il ajoute qu'un risque de cloisonnement vertical du marché pourrait résulter des effets cumulatifs de tels partenariats si d'autres opérateurs choisissaient de se faire concéder des exclusivités similaires, telle l'exclusivité d'un an consentie à SFR sur le Blackberry Storm de RIM ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'existence de terminaux concurrents de l'iPhone fabriqué par Apple, nouvel entrant sur le marché des terminaux, n'était pas de nature à permettre à des opérateurs de téléphonie mobile concurrents d'Orange, de proposer aux consommateurs des offres de services de

téléphonie et internet haut débit mobiles associées à des terminaux, concurrentes de celles proposées par Orange avec l'iPhone, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et sur le deuxième moyen, pris en sa cinquième branche :

Vu les articles 81 § 3 du traité CE, L. 420-4 et L. 464-1 du code de commerce ;

Attendu que, pour écarter l'argumentation des sociétés France Télécom et Orange selon lesquelles l'exclusivité accordée à Orange était justifiée par la nécessité d'amortir les investissements consentis par celle-ci pour le lancement de l'iPhone, l'arrêt, après avoir déterminé le montant des investissements spécifiques à prendre en compte, retient que le bénéfice net réalisé par Orange en commercialisant des services de téléphonie mobile associés à l'iPhone montre que la durée de l'exclusivité était disproportionnée au regard des investissements spécifiques consentis par Orange

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la prise en compte de l'intégralité du chiffre d'affaires généré par les communications mobiles des acheteurs d'iPhones, et non d'un revenu additionnel, ne revenait pas à considérer qu'Orange aurait perdu ou n'aurait pas gagné l'intégralité des clients ayant souscrit à ses offres de services de téléphonie mobile comprenant un iPhone si elle n'avait pas commercialisé ce terminal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 4 février 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Séance 3 : APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF : PRIX ET CONTREPARTIE

Cass. Com., 15 janvier 2002

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (Paris, 23 septembre 1999) que la société d'Exploitation du garage Schouwer (le Garage Schouwer) était concessionnaire exclusif de véhicules de la marque Mazda sur le territoire de Sarrebourg et Sarreguemines depuis 1991 ; que, reprochant à la société France Motors, importateur exclusif de la marque, d'avoir, à partir de 1993, abusé de son droit de fixation unilatérale des conditions de vente et d'avoir abusivement refusé de déroger à la clause d'exclusivité en lui interdisant de représenter la marque Daewoo, et d'être ainsi responsable des difficultés financières qu'il connaissait, le Garage Schouwer l'a assignée en paiement de dommages-et-intérêts ; qu'il a été mis en liquidation judiciaire le 11 octobre 1995 et que son liquidateur, M. Nodée, a repris l'instance ;

Sur le premier moyen, pris en ses six branches :
Attendu que la société France Motors fait grief à l'arrêt de sa condamnation alors, selon le moyen :
1 / que ne justifie pas légalement sa solution, au regard de l'article 1382 du Code civil, l'arrêt attaqué qui retient que France Motors aurait imposé à ses concessionnaires et en particulier au Garage Schouwer des conditions financières abusives en l'état de la crise générale du marché et de l'appréciation du yen, sans s'expliquer sur le moyen déterminant des conclusions de France Motors faisant pertinemment valoir que, dépendant entièrement de son réseau de concessionnaire pour la distribution des véhicules Mazda, l'intérêt du concédant était manifestement de disposer d'un réseau de concessionnaires performants, objectif qui a été atteint puisque les immatriculations de véhicules Mazda ont connu une évolution favorable à la suite des diverses mesures commerciales et publicitaires critiquées par l'adversaire et appliquées à l'ensemble du réseau (par exemple, les opérations initiées par France Motors ont permis d'augmenter les ventes des modèles 323 de 82 % de février à mars 1994) ;
2 / que méconnaît les termes du litige, en violation des articles 4 et 5 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt attaqué qui considère que le liquidateur judiciaire du Garage Schouwer dénonce "sans être contredit la réduction d'un point et demi de la marge brute ainsi qu'une dizaine de campagnes promotionnelles comportant des obligations abusives", bien que France Motors ait fait valoir dans ses conclusions notamment 1) que cela n'avait été que pendant six mois, du 1er juillet au 31 décembre 1993, que les remises consenties aux concessionnaires avaient été baissées, en parfait respect des dispositions contractuelles, que pendant cette même période avait été lancée une opération promotionnelle su le modèle 323 Kyoto qui avait permis aux concessionnaires sans sacrifice sur leurs marges d'enregistrer de nouvelles commandes, France Motors ayant supporté seule l'effet de promotion, 2) que les campagnes nationales de publicité télévisuelles avaient coûté à France Motors les sommes de 6 118 790 francs en 1993 et 14 834 952 francs en 1994, sur lesquelles France Motors n'avait répercuté que les montants de 2 939 400 francs en 1993 et 3 839 000 francs en 1994 sur les concessionnaires, lesquels étaient pourtant les premiers bénéficiaires de ces campagnes ;
3 / que ne justifie pas légalement sa solution, au regard de l'article 1382 du Code civil, l'arrêt attaqué qui retient que France Motors aurait imposé en 1993 et 1994 à ses concessionnaires et en particulier au Garage Schouwer des conditions financières abusives en l'état de la crise générale du marché et de l'appréciation du yen, sans s'expliquer sur les moyens des conclusions de la société France Motors faisant valoir qu'en 1992, pendant près d'un ans, elle avait seule subi l'évolution du taux de change du yen, sans en faire partager les effets néfastes aux concessionnaires, que l'examen des diverses circulaires adressées aux concessionnaires faisait

apparaître que France Motors avait ensuite pris à sa charge l'essentiel des coûts générés par les mesures promotionnelles, qu'ainsi par deux circulaires du 5 mars 1993, France Motors avait informé ses concessionnaires de ce que les modèles MX3 et MX5 se verraient crédités par elle d'aides à la vente allant de 5 000 à 10 000 francs hors taxes par véhicule pendant le premier quadrimestre et de ce qu'elle proposait un crédit à un taux préférentiel à sa seule charge pour les modèles 626 Berline, que, par circulaire du 7 octobre 1993, France Motors avait procédé à un abattement de 7 000 francs toutes taxes comprises sur les prix du modèle 121 pour dynamiser la vente, que par circulaire du 5 novembre 1993, France Motors avait annoncé l'attribution de primes spéciales pour un certain nombre de modèles, que par circulaire du 14 mars 1994, France Motors avait indiqué à propos du lancement de l'opération "Mazda 626 climatiseur + CD" qu'elle prenait en charge le coût de l'offre, soit 2 665 francs hors taxes par véhicule et qu'en définitive, les résultats de France Motors étaient passés de + 46 millions de francs en 1991 à - 116 millions de francs en 1994 ;
4 / que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile l'arrêt attaqué qui, fondant sa solution par référence au rapport de M. Augendre désigné par jugement du 12 janvier 1995 pour faire un rapport sur les possibilités de parvenir à un accord transactionnel entre France Motors et un nombre important de ses concessionnaires, omet de tenir compte de la circonstance, invoquée par France Motors dans ses conclusions, que M. Augendre avait constaté dans ledit rapport : "Il est non moins incontestable que France Motors apporte la preuve que la dégradation de ses marges dans des proportions considérables pour des raisons extrinsèques l'a valablement conduit à en faire supporter une part par ses concessionnaires" ;
5 / que viole l'article 1134 du Code civil l'arrêt attaqué qui considère que France Motors aurait dû consacrer en "aides" aux concessionnaires les sommes distribuées aux actionnaires sous formes de dividendes ;
6 / qu'en fondant sa décision de condamnation au paiement de dommages-intérêts sur une telle considération, l'arrêt attaqué n'a de plus pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant, par une décision motivée, relevé que la société France Motors, qui s'était trouvée confrontée à un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen, avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité, l'arrêt retient que le concédant ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne le Garage Schouwer, il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations déduites de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, la cour d'appel, qui a légalement justifié sa décision sans méconnaître l'objet du litige et sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu estimer que la société France Motors avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'elle devait réparation au Garage Schouwer du préjudice qui en était résulté pour lui ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses diverses branches ;

Sur le deuxième moyen :
Attendu que la société France Motors fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt attaqué qui omet de s'expliquer

sur le moyen des conclusions de France Motors faisant valoir que, par lettre du 30 mars 1995 faisant référence à un entretien du même jour, France Motors avait fait connaître au Garage Schouwer sa volonté de renoncer à la clause d'exclusivité figurant à leur convention ;
Mais attendu qu'il ne résulte pas des conclusions déposées par la société France Motors en cause d'appel que celle-ci ait invoqué l'argument visé au moyen ; que celui-ci manque en fait ;

Et sur le troisième moyen, pris en ses deux branches :
Attendu que la société France Motors fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :
1 / que viole l'article 1351 du Code civil l'arrêt attaqué qui refuse d'admettre que la cessation des paiements du Garage Schouwer remontait à 18 mois avant le jugement d'ouverture de la procédure collective du 11 octobre 1995, ainsi que jugé par cette décision judiciaire, au motif inopérant que la fixation à cette date de la cessation des paiements de cette société aurait été de "pure commodité" ;
2 / que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile l'arrêt attaqué qui détermine le préjudice indemnisable du Garage Schouwer, sans s'expliquer sur le moyen des conclusions de France Motors faisant valoir qu'il résultait de l'examen des bilans communiqués de cette société que, dès 1992, soit avant les mesures critiquées par le liquidateur judiciaire, le Garage Schouwer avait enregistré une perte de 221 812 francs, que ces bilans faisaient apparaître des charges de personnel très importantes constituant par rapport au chiffre d'affaires un ratio supérieur à ce qui est généralement admis, et que ladite société était structurellement déficitaire ;
Mais attendu, d'une part, que l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard des parties qui ont été présentes ou représentées au litige et qui, dans la nouvelle instance, procèdent en la même qualité, et que s'il y a entre les deux litiges identité de cause et d'objet ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a retenu que, saisie d'une action en responsabilité engagée par un concessionnaire à l'encontre du concédant, elle n'était pas tenue par la date de cessation des paiements fixée par le tribunal de commerce qui a mis le concessionnaire en liquidation judiciaire ;
Attendu, d'autre part, qu'après avoir relevé que jusqu'en 1993, le Garage Schouwer dégageait un bénéfice, même modeste, que ce n'est que lorsque la société France Motors lui a imposé les mesures reprochées qu'il a connu des pertes importantes, la cour d'appel a estimé, répondant par là-même aux conclusions invoquées, qu'il n'était pas établi que le Garage Schouwer se soit trouvé dans une situation le mettant en péril avant que la société France Motors lui impose des modifications substantielles compromettant sa survie ;

Que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;
PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;
Condamne la société France Motors aux dépens ;
Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne la société France Motors à payer à M. Nodée, ès qualités, la somme de 2 200 euros ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quinze janvier deux mille deux.

Cass. Com., 8 février 2005

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Versailles, 8 novembre 2002), que M. et Mme X... se sont portés cautions solidaires de M. et Mme Y... pour l'exécution d'un contrat de fourniture que ces derniers avaient conclu avec la société Brasserie de Saint-Omer en vue de l'exploitation d'un

fonds de commerce, et qui stipulait notamment l'engagement de caution de ce fournisseur dans le cadre d'un prêt ; que les exploitants ayant cédé leur fonds, et l'acquéreur n'ayant pas repris ce contrat, le fournisseur a actionné les cautions en paiement d'une indemnité contractuelle de rupture ;
Attendu que la société Brasserie de Saint-Omer fait grief à l'arrêt d'avoir annulé le contrat d'approvisionnement exclusif pour défaut de cause, alors, selon le moyen :
1 / qu'il incombe à la partie qui, à la faveur d'une exception de nullité, prétend que son obligation est dépourvue de cause, faute de contrepartie réelle et sérieuse, d'établir le caractère dérisoire de la contre-prestation ; qu'en déduisant la nullité de la convention litigieuse de ce que la société Brasserie de Saint-Omer ne rapportait pas la preuve que son engagement de caution était une condition nécessaire à l'obtention du prêt, ni du risque financier qu'elle avait pris en se portant caution, la cour d'appel a statué au prix d'une inversion de la charge de la preuve, et donc en violation de l'article 1315 du Code civil ;
2 / qu'à le supposer avéré, le caractère disproportionné de la clause pénale assortissant le contrat d'approvisionnement exclusif justifiait seulement la réduction judiciaire du quantum des pénalités, mais non point l'annulation, pour défaut de contrepartie réelle et sérieuse, de l'engagement lui-même ; qu'en statuant comme ils ont fait, les juges du fond ont violé les articles 1108, 1131 et 1152 du Code civil ;
3 / que l'existence de la cause d'une obligation s'apprécie à la date où elle est souscrite ; qu'il s'ensuit que les juges du fond ne pouvaient fonder leur décision sur la circonstance, relative à l'exécution de la convention, que le cautionnement donné par la Brasserie de Saint-Omer n'avait pas eu à être mis en oeuvre, en l'absence de défaillance du débiteur principal ; qu'à cet égard, les juges du fond ont de nouveau violé l'article 1131 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'engagement consistait à s'approvisionner exclusivement auprès de la Brasserie de Saint-Omer et avait pour contrepartie l'engagement de caution simple de cette dernière à concurrence de 20% du prêt consenti aux distributeurs, que la Brasserie était elle-même garantie par M. et Mme X..., qui s'étaient portés cautions, et qu'elle ne démontrait pas avoir pris un risque réel, la cour d'appel, qui a ainsi apprécié les contreparties au jour de la formation du contrat, a souverainement estimé, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche du moyen, que l'engagement pris par le brasseur était dérisoire, et en a justement déduit que le contrat litigieux était nul pour absence de cause ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi ;
Condamne la société Brasserie de Saint-Omer aux dépens ;
Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, la condamne à payer aux époux X... la somme de 2 000 euros, et rejette sa demande ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit février deux mille cinq.

Cass. com., 11 mars 2014

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bourges, 11 octobre 2012), que Mme X... qui exploite un fonds de commerce de café-bar-brasserie-débit de tabac a conclu le 1er mai 2007 avec la société Pitault distribution (la société Pitault) un contrat de fourniture de boissons, autre que la bière,

d'une durée de 7 ans et comportant une obligation d'achat de marchandises auprès du fournisseur pour un chiffre d'affaires minimum hors taxes de 38 000 euros par an ; qu'en contrepartie de cet engagement, la société Pitault a mis à disposition de Mme X... du mobilier de terrasse ; que Mme X... ne s'étant plus approvisionnée auprès de la société Pitault, la société Schoen distribution 45 venant aux droits de cette dernière a demandé la condamnation de Mme X... au paiement d'une indemnité de rupture pour non respect de son engagement de fourniture et d'une certaine somme au titre du remboursement du matériel mis à disposition ;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli les demandes de la société Schoen distribution45 alors, selon le moyen :

1°/ que l'obligation d'approvisionnement exclusif doit être appréciée concrètement en tenant compte de l'importance de la clause de minimum de chiffre d'affaires à respecter par le distributeur pour le produit en cause au regard de ses ventes réalisées pour ledit produit dans le cadre de son activité ; que la seule stipulation d'une clause permettant une liberté d'approvisionnement du distributeur « à hauteur de 20 % de ses besoins globaux » est insuffisante dès lors que celle-ci apparaît illusoire au regard de l'engagement d'achat minimum souscrit ; qu'en statuant en sens contraire en disant que « cette disposition contractuelle exclu(t) le caractère exclusif du contrat » et que le contrat du 1er mai 2007 devait recevoir plein effet, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil et l'article L. 330-2 du code de commerce ;

2°/ que l'obligation d'approvisionnement exclusif doit être appréciée en tenant compte de l'importance de la clause de minimum de chiffre d'affaires à respecter par le distributeur pour le produit en cause au regard de ses ventes réalisées pour ledit produit dans le cadre de son activité ; qu'il a été fait valoir aux conclusions d'appel (point 3.2 a) « (...) Mme X... a produit aux débats les chiffres d'affaires qu'elle a réalisés en 2009 et 2010 pour les boissons objet de la convention de fourniture du 1er mai 2007 et qui s'élèvent respectivement à 20 849 euros HT et 1 457 euros HT bien éloignés du chiffre d'affaires minimum annuel de 38 000 euros exigé par la convention ; que s'agissant des chiffres d'affaires réalisés en 2007 et 2008, il ressort des statistiques comparatives établies par la société Schoen distribution 45, que pour l'année 2007, l'établissement Le Rallye a réalisé avec son distributeur un chiffre d'affaires pour les boissons (hors bières objet de la convention de fourniture conclue avec la société Heineken) de 16 148 euros HT ; pour l'année 2008, ce chiffre d'affaires s'est élevé à la somme de 20 395 euros HT ; que ces chiffres sont bien loin du chiffre d'affaires minimum annuel de 38 000 euros HT imposé par la convention de fourniture de boissons ; que ce sont ces chiffres d'affaires « boissons » qui doivent être examinés afin d'apprécier la validité et la portée du contrat de fourniture de boissons et non le chiffre d'affaire global annuel réalisé par Mme X... qui englobe toutes les ventes réalisées par son établissement (restauration, tabac, jeux, journaux) ; (...) qu'il est établi que le chiffre d'affaires « boisson hors bières objet de la convention de fourniture conclue avec la société Heineken » réalisé annuellement par Mme X... était largement inférieur au minimum annuel de 38 000 euros HT qui lui était contractuellement imposé ; comment Mme X... aurait-elle pu conserver la liberté de s'approvisionner à hauteur de 20 % de ses besoins auprès d'un autre fournisseur » ; qu'en s'abstenant de prendre en compte ces données chiffrées pertinentes et en se contentant d'affirmer que le contrat ne contenait pas d'obligation d'exclusivité « dans la mesure où aucune démonstration chiffrée ne démontre que sa liberté d'achat de Mme X... n'a pu jouer sur les 20 % contractuellement prévus » et que le contrat du 1er mai 2007 devait recevoir plein effet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil et de l'article L. 330-2 du code de commerce ;

3°/ que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet ; que dans les contrats à titre onéreux l'existence de la cause de l'engagement du contractant s'apprécie au regard de l'équilibre des obligations contractuelles et de la réalité et de l'utilité de la contrepartie à l'engagement consenti ; qu'il a été fait valoir par Mme X... que son engagement d'approvisionnement minimum aux termes de la convention du 1er mai 2007 représentant la somme totale de 266 000 euros pour une durée de 7 ans, soit 38 000 euros par année de contrat, rendait dérisoire la contrepartie de la société Pitault distribution, devenue Schoen distribution 45, consistant en la seule mise à disposition d'un mobilier de terrasse d'une valeur déclarée de 6 215,50 euros HT ; qu'en se contentant de dire que le contrat n'était pas dépourvu de cause, par seuls motifs adoptés, que « le contrat contenait des obligations réciproques puisqu'en échange de son approvisionnement en boissons, le revendeur se voyait mettre à disposition du mobilier de terrasse » et « qu'au surplus l'avantage procuré ne s'évalue pas seulement au travers de considérations quantitatives mais également qualitatives », sans rechercher si l'obligation de la société Schoen distribution 45 présentait une contrepartie réelle à l'engagement d'approvisionnement minimum d'une durée de 7 ans consenti par l'exposante aux termes de la convention du 1er mai 2007, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1131 du code civil;

Mais attendu, en premier lieu, que le moyen, qui ne tire aucune conséquence de l'exclusivité revendiquée, ne peut être accueilli;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant relevé par motifs adoptés que le contrat contenait des obligations réciproques puisqu'en échange de son approvisionnement en boissons, le revendeur se voyait mettre à disposition du mobilier de terrasse et retenu que l'avantage procuré ne s'évaluait pas seulement au travers de considérations quantitatives mais également qualitatives, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a pu déduire de ces constatations et appréciations souveraines que le contrat n'était pas dépourvu de cause ;

D'où il suit que le moyen, qui est irrecevable en ses première et deuxième branches, n'est pas fondé pour le surplus;

Cass. com., 4 novembre 2014

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, du 17 février 2011), que la société Camargo, filiale de la société Française de gastronomie (la société FdG), spécialisée dans la distribution de produits alimentaires, a conclu, en qualité de fournisseur, un contrat d'approvisionnement exclusif en chair d'escargot avec la société Larzul, fabricant ; qu'il était stipulé que le prix serait fixé par le tarif en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande et définitivement pour chaque année civile selon une variation ne pouvant excéder 3 % par rapport à l'année précédente ; que, se plaignant de manquements répétés de la société Camargo à ses obligations contractuelles, la société Larzul l'a fait assigner en réparation de son préjudice ; que la société FdG est intervenue volontairement à l'instance en appel ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société FdG et la société Camargo font grief à l'arrêt d'avoir constaté des manquements sérieux et répétés de cette dernière dans l'exécution du contrat d'approvisionnement exclusif et condamné en conséquence la société Camargo à payer une provision à la société Larzul alors, selon le moyen, qu'il résulte des constatations mêmes de l'arrêt que les prix pratiqués par la société Camargo à l'égard de la société Larzul ne pouvaient

varier, chaque année civile, que dans une fourchette de plus ou moins 3 %, ce dont il s'évince que la société Camargo n'avait pas le pouvoir de fixer discrétionnairement et unilatéralement ses prix qui demeuraient étroitement encadrés par la convention des parties ; qu'en estimant néanmoins que la société Camargo avait pu se rendre coupable, à l'égard de la société Larzul, d'un abus dans l'exercice d'un droit de fixer unilatéralement ses prix, la cour d'appel, qui ne tire pas les conséquences de ses propres constatations, viole l'article 1134, alinéa 1er et alinéa 3 du code civil ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que l'article 3 du contrat, qui permettait à la société Camargo de fixer unilatéralement le prix de vente des marchandises vendues, moyennant une évolution, chaque année civile, comprise dans une fourchette de plus ou moins 3 % stipulait à sa charge, en contrepartie, l'obligation de faire ses meilleurs efforts pour déterminer les prix de manière à permettre à la société Larzul de faire face à la concurrence, l'arrêt constate que la société Camargo vendait à la société Larzul les chairs d'escargot à un prix moyen 25 % plus cher qu'à ses autres clients, que son taux de marge brute moyen était de 29 % sur les ventes à la société Larzul quand il était de 10 % sur les ventes aux autres clients et qu'elle a consenti à cette dernière une diminution importante du prix de vente à l'occasion du renouvellement du contrat, démontrant le caractère excessif des prix habituellement pratiqués ; qu'en l'état de ces motifs, dont il ressort que les prix unilatéralement fixés par la société Camargo, excessifs dès l'origine, ne permettaient pas à la société Larzul de faire face à la concurrence, la cour d'appel a pu retenir que la société Camargo avait abusé de son droit de fixer unilatéralement le prix des marchandises ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le premier moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Séance 4 : CONCESSION EXCLUSIVE

Cass. com., 12 juillet 1983

Vu l'article l 131-6 du code de l'organisation judiciaire;

Sur le moyen unique : attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaque (paris, 6 octobre 1981) que par contrat du 1er septembre 1977, la société allemande trio Kenwood communications (la societe tkc) a concède a la société vareduc comimex colmant et compagnie (la société vareduc) l'exclusivité sur le territoire français de la vente d'équipements pour les radios amateurs et la marine et de leurs pièces détachées;

Qu'un avenant du 1er décembre 1977 précisait que la société vareduc pourrait se dire distributeur exclusif des produits commercialises sous la marque trio et Kenwood et se prévaloir de cette qualité envers les tiers;

Que lui reprochant d'avoir, au mépris de ses droits, mis en vente sur le territoire français, des matériels de marque trio, la société vareduc l'a assignée en concurrence déloyale;

A attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir déboute la société vareduc aux motifs, selon le pourvoi, que la société vareduc n'établit pas avoir reçu de la société tkc, en vertu de ses contrats, d'autres droits que la concession exclusive de distribution en France des produits revêtus ou accompagnes des marques trio ou Kenwood, exportes sur ce territoire par cette société, que la seule obligation de la société GES était donc de ne pas s'approvisionner auprès de la société allemande de produits sous les marques Kenwood et trio, ainsi que de pièces détachées ou de matériel publicitaire, à partir du moment où les contrats et avenants lui ont été dénonces, que l'exclusivité de distribution accordée a la société vareduc par la société allemande sur le matériel que cette dernière exportait en France ne pouvait empêcher la société GES de vendre, sur le territoire français, le matériel que celle-ci importait du japon, alors que, commet un acte de concurrence déloyale engageant sa responsabilité, le commerçant qui écoule un produit faisant, par ailleurs, l'objet d'un contrat d'exclusivité au profit d'un concessionnaire, des lors qu'il est établi que ce commerçant, en pleine connaissance de cause, viole le droit d'autrui, qu'en l'espèce, en se déterminant comme elle l'a fait, tout en constatant que la société GES avait mis en vente en France des appareils de marque trio, au mépris de l'exclusivité de distribution dont bénéficiait, à sa connaissance, la société vareduc, ce qui constituait un acte de concurrence déloyale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale a sa décision;

Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que la faute alléguée d'avoir importé en vue de la vente en France des produits de marque trio en dépit des droits d'exclusivité dont bénéficiait la société vareduc ne constituait pas, en lui-même, en l'absence d'autres éléments, un acte de concurrence déloyale;D'où il suit que le moyen n'est pas fonde;

Par ces motifs : rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 6 octobre 1981 par la cour d'appel de paris.

Cass. Com., 14 mars 2006

Sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt déféré, que, selon contrat de franchise du 24 mars 1998, la société Flora Partner (le franchiseur) a concédé à la société Laurent X... Rouvelet-LPR (le franchisé), ayant pour gérant M. X..., le droit exclusif d'exploiter jusqu'au 24 octobre 2003, sous la marque, l'enseigne et avec les techniques "Le Jardin des fleurs" un magasin situé dans le sixième arrondissement de Marseille ; que l'article 7-3 de ce contrat stipulait : "l'exclusivité territoriale implique que le franchiseur s'engage, pendant la durée du présent contrat, à ne pas autoriser l'ouverture d'autres points de vente Le Jardin des fleurs dans le territoire d'exclusivité susmentionné, en dehors de celui du franchisé" ;

que fin 1999, le franchiseur a ouvert un site internet sous l'enseigne "Le Jardin des fleurs" ; qu'estimant que le franchiseur avait violé la garantie contractuelle d'exclusivité, le franchisé et M. X... ont assigné celui-ci en résiliation du contrat de franchise et en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour déclarer la convention rompue aux torts exclusifs du franchiseur, l'arrêt retient que l'obligation d'exclusivité territoriale essentielle et déterminante pour le franchisé devait le protéger de toute vente à l'initiative du franchiseur, directement ou indirectement, et que la vente sur internet, bien que constituant une vente passive, porte atteinte à cette exclusivité dès lors qu'elle est réalisée sans contrepartie financière pour le franchisé qui, néanmoins, contribue au fonctionnement du site par prélèvement effectué sur la redevance communication qu'il verse au franchiseur ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé, la cour d'appel a violé le texte susvisé, peu important le règlement CE n° 2790/1999 de la Commission CE du 22 décembre 1999, inapplicable en l'espèce ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 février 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Condamne la société Laurent X... Rouvelet et M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de la société Laurent X... Rouvelet et de M. X..., les condamne à payer à la société Flora Partner la somme globale de 2 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze mars deux mille six.

CA Bordeaux, 21 janvier 2008

Le 26 mai 2003, la S.A.R.L. Lucas fleurs a signé avec la SA Flora partner un contrat de franchise. La S.A.R.L. Lucas fleurs après avoir acquis un fonds de commerce débutait son activité le 13 novembre 2003.Les relations entre les deux parties se détérioraient à compter du second semestre de l'année 2004.Le 9 décembre 2004, la S.A.R.L. Lucas fleurs adressait une mise en demeure à la SA Flora partner puis estimant qu'il n'avait pas été donné suite à ses revendications résiliait le contrat le 14 janvier 2005.Soutenant avoir rempli l'ensemble de ses obligations, la SA Flora partner saisissait par acte du 21 janvier 2005 le Tribunal de commerce de MELUN.Le même jour, la S.A.R.L. Lucas fleurs saisissait le tribunal de commerce de BORDEAUX.
Par jugement du 13 juillet 2005, le tribunal de Melun se dessaisissait au profit du tribunal de BORDEAUX.La S.A.R.L. Lucas Fleurs demandait que soit prononcée la résiliation du contrat de franchise aux torts de la SA Flora Partner et la condamnation de celle-ci à lui régler la somme de 147.720.La SA Flora partner demandait que la résiliation du contrat de franchise soit prononcée aux torts de la S.A.R.L. Lucas Fleurs et que celle-ci soit condamnée à lui payer 2.371 , 281.969 et 300.000 et qu'il soit fait interdiction à la société Tassigny fleurs et à monsieur B... d'exercer une activité concurrentielle. Par une décision du 9 mai 2006, le tribunal a prononcé la résiliation du contrat aux torts exclusifs de la S.A.R.L. Lucas fleurs et l'a condamnée à payer les sommes de 2.371 et de 281.969. Le 16 juin 2006, la S.A.R.L. Lucas fleurs a relevé appel de cette décision.Par acte du 24 avril 2007, maître X... ès qualités de mandataire liquidateur de la S.A.R.L. Lucas fleurs mise en liquidation judiciaire par décision du tribunal de commerce de Melun du 12 février 2007 a repris l'instance.Par acte du 16 avril 2007 qui porte que l'affaire sera plaidée le 11 juin 2007, la SA Flora partner a assigné en intervention forcée monsieur Y....
Celui-ci a constitué avoué le 25 mai 2007,
Vu les conclusions de maître X... ès qualités et de monsieur Y... du 25 mai 2007,
Vu les conclusions de la SA Flora partner du 26 février 2007 ;
Maître X... ès qualités et monsieur Y... ayant conclu peu de temps avant que n'intervienne l'ordonnance de clôture, les deux parties ont sollicité le report de cette ordonnance au jour de l'audience.

Il leur a été répondu le 4 juin 2007 qu'en l'absence de cause grave, la clôture était maintenue au 29 mai 2007.Par arrêt du 25 juin 2007, il a été constaté que les deux parties sollicitaient que l'affaire soit retirée du rôle.Elle a été remise au rôle par la SA Flora partner le 5 juillet 2007.
Vu les conclusions de maître X... ès qualités et de monsieur Y... du 25 mai 2007 et du 9 novembre 2007,
Vu les conclusions de la SA Flora partner du 5 juillet 2007 et du 23 novembre 2007.

Par des écritures du 12 novembre 2007, la SA Flora partner a demandé que les dernières écritures de l'appelante prises le 9 novembre 2007 alors que la clôture était rendue le 12 novembre 2007 entraînent le report de cette clôture au jour de l'audience ou que ces conclusions soient écartées des débats.

SUR QUOI LA COUR:

Attendu que cette affaire devait être plaidée le 11 juin 2007, que l'appelant et monsieur Y... ayant attendu le 25 mai 2007 pour conclure, l'intimée a sollicité le report de la clôture qui devait intervenir le 29 mai 2007 ;Qu'en l'absence de toute cause grave, le Conseiller de la mise en état a refusé ce report ;Attendu que les deux parties ont alors sollicité à l'audience la mise hors du rôle de l'affaire ;Qu'après que cette mise hors du rôle ait été actée par arrêt du 25 juin 2007, la SA Flora partner a fait remettre le dossier au rôle en signifiant et déposant des écritures le 5 juillet 2007;Attendu que de nouveau sans justifier de la moindre cause grave les ayant empêchés de conclure plus tôt l'appelant et monsieur Y... ont conclu le 9 novembre 2007 ;Attendu que la SA Flora partner a alors demandé le 12 novembre 2007 soit le report de la clôture soit le rejet des débats des conclusions de l'appelant ;Attendu que les parties démontrent par leur comportement réitéré exactement dans les mêmes conditions qu'aux mois de mai-juin 2007 qu'elles n'entendent pas respecter le moindre calendrier de procédure ;Que si le procès est la chose des parties il n'en est pas de même des audiences de la Cour ;Qu'au surplus après que la SA Flora partner ait conclu le vendredi 23 novembre 2007 pour l'audience du lundi 26 novembre 2007, l'appelant et monsieur Y... n'ont pas pris d'écritures pour indiquer qu'ils acceptaient que ces conclusions restent acquises aux débats ;Que dans ces conditions la clôture doit rester maintenue au 12 novembre 2007 , les conclusions de l'appelant, des dirigeants et de monsieur Y... doivent être écartées des débats, l'intimée n'ayant pas la possibilité d'y répondre et les conclusions de l'intimée postérieures à la clôture sont irrecevables ;

Attendu que l'appelant soutient qu'un contrat de franchise a été signé le 26 mai 2003, convention qui contient en particulier des règles concernant une redevance de communication et une carte de fidélité, règles qui ne peuvent être modifiées que par une assemblée générale des franchisés ;Qu'après qu'un nouveau contrat lui ait été adressé, le premier n'ayant pas été signé par le franchiseur, il s'est aperçu au mois de juin 2004 de l'existence d'un certain nombre de modifications par rapport à l'exemplaire de mai 2003 ;Qu'en septembre 2004 l'intimée a voulu mettre en place un avenant à la carte de fidélité et qu'elle a alors soumis la modification du contrat au vote de 4 assemblées de région ;Attendu qu'il a alors manifesté sa désapprobation à ce système et a démissionné de ses fonctions de membre de la commission de communication ;Attendu qu'il formule 3 griefs à l'encontre du franchiseur :

- processus décisionnel non conforme en matière de fidélisation de la clientèle,
- affectation non conforme de la redevance de communication et
- modification unilatérale du contrat ;

Attendu qu'en conséquence il sollicite la résiliation du contrat au torts exclusif du franchiseur et l'octroi de la somme de 64.847,49 à titre de dommages intérêts ;Qu'à titre subsidiaire il sollicite que la décision déférée soit confirmée en ce qu'elle a refusé l'indemnisation au titre d'une perte d'emplacement et sa réformation en ce qu'elle a accordé des dommages et intérêts au franchiseur ;

Attendu que monsieur Y... demande que la SA Flora partner soit déboutée des demandes qu'elle dirige contre lui ;Attendu que la SA Flora partner soutient que le processus décisionnel a été respecté, qu'en tout état de cause l'assemblée générale du 13 décembre 2004 a fait disparaître ce grief ;Qu'il n'y a pas eu de défaut d'information de l'appelant lors de son entrée dans la franchise, et que c'est monsieur Y... qui n'a pas signé le premier contrat de franchise et que le second contrat lui a bien été retourné en juin 2004 après que des pages en aient été retirées par l'appelant ;

Attendu que la SA Flora partner sollicite que la décision déférée soit confirmée mais sollicite qu'une somme de 300.000 lui soit accordée au titre de la perte de l'emplacement ;
Attendu que les parties reconnaissent qu'elles sont liées par un contrat de franchise puisque chacune sollicite sa résiliation aux torts de son adversaire ;
Attendu qu'il ressort des pièces produites aux débats qu'après que le Jardin des fleurs exploité par la S.A.R.L. Lucas Fleurs dont le gérant était monsieur Y... ait ouvert en novembre 2003, monsieur Y... a exercé à compter du mois de janvier 2004 des fonctions en qualité de membre élu à la Commission de communication composée de franchisés élus et de représentants du franchiseur ; Attendu qu'en cette qualité monsieur Y... a été informé le 3 septembre 2004 lors du Conseil national d'un projet de fidélisation de la clientèle, ce projet devant ensuite être communiqué au Conseil des élus puis à l'assemblée des franchisés ;Attendu qu'il a alors été décidé d'une consultation des franchisés lors de 4 réunions régionales ;Attendu que monsieur Y... a participé à cette réunion du Conseil ainsi qu'à la réunion régionale du 13 octobre 2004 ;Qu'il n'élevait alors aucune contestation ;Attendu que c'est par courrier du 9 décembre 2004 que monsieur Y... contestait le processus décisionnel en matière de fidélisation de la clientèle : 4 réunions régionales au lieu d'une assemblée nationale et demandait la restitution de la part de la redevance de communication affectée à la communication nationale et la réunion d'une assemblée nationale pour statuer sur la modification de l'affectation de la redevance de communication ; Attendu qu'en effet si l'article 9 de la charte de fonctionnement de la franchise prévoit la possibilité de consulter les membres du réseau lors de réunions régionales, l'article 5 de ce même texte prévoit la tenue d'une assemblée générale lorsque divers points sont en débats dont les questions portant sur la carte de fidélité ;Attendu que tenant compte de la demande impérative de monsieur Y... de tenue d'une assemblée nationale, la SA Flora partner convoquait dans les formes prévues aux statuts l'ensemble des franchiseurs à une telle assemblée après avoir communiqué à chacun d'eux les motions qui seraient soumises au vote, rien ne démontrant ou n'établissant à la lecture des documents portant convocation que les motions aient été tronquées ou que les participants aient pu voir leur volonté altérée par une présentation erronée des faits ;Que cette réunion se tenait le 13 décembre 2004 et adoptait à la majorité requise par les statuts en particulier les deux points objet de la contestation ;Que les décisions prises par cette assemblée générale sont donc opposables à la S.A.R.L. Lucas fleurs ;Attendu qu'il apparaît que dans un premier temps, la SA Flora partner a consulté les membres du réseau par 4 réunions régionales conformément à ce qui avait été décidé lors de la réunion de la Commission de communication à laquelle participait monsieur Y... ;Qu'après que ce dernier ait contesté ce mode de consultation, dans le mois qui a suivi cette contestation, la SA Flora partner a convoqué une assemblée générale de tous les franchiseurs pour approuver en particulier les deux points litigieux ;Que dans ces conditions, la charte de fonctionnement ayant été modifiée non par la jonction des 4 réunions régionales mais par la seule assemblée nationale des franchisés, ce grief ne peut être retenu ;
Attendu qu'en ce qui concerne l'affectation d'une partie de la redevance communication à une publicité nationale ;Qu'à supposer que monsieur Y... et la S.A.R.L. Lucas fleurs n'aient pas eu connaissance de cette affectation, qu'il apparaît que dés réception du courrier du 9 décembre 2004, la SA Flora partner a accepté de restituer les sommes prélevées qui auraient été utilisées pour la communication nationale dés que les justificatifs des frais exposés par le magasin pour sa communication locale lui auraient été adressés et ce conformément à l'article 15.3.1 du contrat de franchise ; Attendu que ces justificatifs n'ont jamais été adressés à la SA Flora partner qui n'a donc pas restitué les sommes utilisées pour la communication nationale ;Qu'il n'existe donc aucun grief de ce chef, l'absence de restitution acceptée par le

franchiseur n'étant que la conséquence du silence du franchisé ;Attendu qu'en conséquence la décision déférée doit être confirmée en ce qu'elle a décidé en l'absence de toute faute du franchiseur, la résiliation du contrat de franchise au 13 janvier 2005 aux torts exclusifs de la S.A.R.L. Lucas fleurs ;
Que c'est de même à bon droit que les premiers juges ont rejeté les demandes d'indemnisation présentées par la S.A.R.L. Lucas fleurs, ce préjudice n'étant que la conséquence de son comportement fautif ;
Attendu que par contre la SA Flora partner a droit à l'indemnisation de son préjudice résultant de cette résiliation, préjudice constitué par l'absence des ressources qu'elle aurait obtenues si le contrat de franchise avait été mené jusqu'à son terme ;Que c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu la somme de 281.969,83 soit le total des redevances qu'elle aurait perçues si le contrat avait duré jusqu'au terme convenu c'est-à-dire la redevance mensuelle moyenne multipliée par le nombre de mois restant à courir, la SA Flora partner n'ayant pas à supporter les conséquences d'une procédure collective qui n'est que le résultat des difficultés rencontrées par la société pour se restructurer après son départ de la franchise ;Attendu que de même c'est à bon droit que le tribunal a retenu la somme de 2.371,67 correspondant aux frais de transport et de coût du matériel non restitué ;
Attendu qu'en ce qui concerne la perte de l'emplacement, cette perte est déjà indemnisée par l'indemnisation calculée sur les redevances non perçues ;Qu'en effet si le contrat avait été à son terme, la SA Flora partner aurait perçu les redevances jusqu'à cette date, mais après elle aurait aussi perdu l'emplacement ;Que dans ces conditions, il ne peut être fait droit à cette demande ;
Attendu qu'en ce qui concerne la demande de condamnation de monsieur Y... à titre personnel ;Qu'à supposer que la mise en liquidation judiciaire de la S.A.R.L. Lucas fleurs constitue un fait nouveau ; Que si le contrat de franchise susceptible de lier les parties a bien été signé intuitu personae et que monsieur Y... s'est engagé à rester majoritaire dans le capital de sa société, qu'il n'apparaît pas que lorsque monsieur Y... personne physique se serait fait substitué par une personne morale, il resterait tenu des engagements de celle-ci ;Que de ce chef en l'absence de toute stipulation de solidarité ou de tout cautionnement prévu au contrat, monsieur Y... doit être mis hors de cause ;Attendu au surplus à supposer que la rupture de la convention soit imputable à monsieur Y..., il conviendrait d'indiquer pourquoi depuis plus de deux ans la S.A. Flora partner demande la condamnation de la S.A.R.L. Lucas Fleurs à lui verser diverses sommes ;
Attendu que chacune des parties succombant en son appel principal ou incident, il n'y a lieu à application des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile et chacune des parties supportera les frais qu'elle a exposés devant la Cour, la SA Flora partner supportant les dépens résultant de l'assignation en intervention forcée de monsieur Y....

PAR CES MOTIFS
LA COUR :Ecarte des débats les conclusions des 9 et 23 novembre 2007,Déclare maître X... ès qualités mal fondé en son appel principal et l'en déboute,Déclare la SA Flora partner mal fondée en son appel incident et l'en déboute,En conséquence,Confirme la décision déférée sauf à fixer la créance chirographaire de la SA Flora partner sur la liquidation judiciaire de la S.A.R.L. Lucas Fleurs aux sommes de 2.371,67 et de 281.969,83 ,Y ajoutant en cause d'appel,Déboute la SA Flora partner de sa demande dirigée contre monsieur Y...,Dit qu'il n'y a lieu à application des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile,Dit que chacune des parties supportera les dépens qu'elle a exposés devant la Cour, la S.A. Flora

partner supportant les dépens découlant de son assignation en intervention forcée de monsieur Y..., application étant faite de l'article 699 du nouveau Code de procédure civile.

CJUE 14 janvier 2012, Aff. C-158/11

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du
règlement (CE) nº 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JO L 203, p. 30, ci-après le «règlement»).
2.Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Auto 24 SARL (ci-après «Auto 24») à Jaguar Land Rover France SAS (ci-après «JLR») au sujet du refus de cette dernière d'agréer Auto 24 en tant que distributeur de véhicules automobiles neufs de la marque LAND ROVER.

Le cadre juridique
Le droit de l'Union
3. Le règlement, adopté sur le fondement de l'article 1er du règlement nº 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 1965, 36, p. 533), énonce une exemption de l'interdiction visée à l'article 81, paragraphe 1, CE pour certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (ci-après l'«exemption»).
4. Les premier et quatrième à huitième considérants 1 et 4 à 8 du règlement se lisent comme suit:
«(1) L'expérience acquise en matière de distribution de véhicules automobiles neufs, [...] dans le secteur automobile permet de définir des catégories d'accords verticaux dont on peut considérer qu'ils remplissent normalement les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, du traité.
[...]
(4) Le bénéfice de l'exemption doit être limité aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité.
(5) Les accords verticaux relevant des catégories définies dans le présent règlement peuvent améliorer l'efficience économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution en améliorant la coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent notamment diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs ventes et de leurs investissements.
(6) La probabilité que de tels gains d'efficience l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence en provenance des autres fournisseurs de biens ou de services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables [...]
(7) Il convient d'établir des seuils sur la base de la part de marché de manière à refléter le pouvoir de marché des fournisseurs. [...] Les seuils au-dessous desquels on peut présumer que les avantages procurés par les accords verticaux l'emportent sur leurs effets restrictifs doivent varier en fonction des caractéristiques des différents types d'accord vertical. Il est donc permis

de penser que les accords verticaux présentent généralement ces avantages lorsque le fournisseur concerné détient une part de marché allant jusqu'à 30 % des marchés de la distribution de véhicules automobiles neufs ou de pièces de rechange, ou jusqu'à 40 % lorsque c'est la distribution sélective quantitative qui est utilisée pour vendre des véhicules automobiles neufs. [...]

(8) Au-delà de ces seuils de parts de marché, on ne saurait présumer que des accords verticaux qui relèvent de l'article 81, paragraphe 1, du traité produisent en général des avantages objectifs de nature et de taille à compenser leurs inconvénients sur le plan de la concurrence. Toutefois, dans le cas de la distribution sélective qualitative, on peut escompter de tels avantages, quelle que soit la part de marché du fournisseur.»

5. Aux termes de l'article 1er, paragraphe 1, sous f) à h), du règlement, aux fins de l'application de ce dernier, est considéré comme:

«f) ‘système de distribution sélective': un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs ou des réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ou à des réparateurs indépendants, sans préjudice de la faculté de vendre des pièces de rechange à des réparateurs indépendants ou de l'obligation de fournir aux opérateurs indépendants l'ensemble des informations techniques, des systèmes de diagnostic, des outils et de la formation nécessaires pour la réparation et l'entretien des véhicules automobiles ou pour la mise en œuvre des mesures de protection de l'environnement;

g) ‘système de distribution sélective quantitative': un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci;

h) ‘système de distribution sélective qualitative': un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs».

6. L'article 3, paragraphe 1, du règlement prévoit:

«Sous réserve des paragraphes 2, 3, 4, 5, 6 et 7, l'exemption s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les véhicules automobiles neufs, les pièces de rechange pour véhicules automobiles ou les services de réparation et d'entretien.

Toutefois, le seuil de part de marché pour l'application de l'exemption est de 40 % pour les accords établissant des systèmes de distribution sélective quantitative pour la vente de véhicules automobiles neufs.

Ces seuils ne s'appliquent pas aux accords instituant des systèmes de distribution sélective qualitative.»

7. L'article 5, paragraphe 2, sous b), du règlement énonce, en ce qui concerne la vente de véhicules automobiles neufs, que l'exemption ne s'applique à aucune «obligation directe ou indirecte faite dans un système de distribution sélective à tout distributeur de voitures particulières ou de véhicules utilitaires légers, qui restreint sa capacité d'établir des points de vente ou de livraison supplémentaires là où dans le marché commun la distribution sélective est d'application».

8. Conformément à l'article 6 du règlement, le bénéfice de l'exemption peut être retiré s'il est constaté que, dans un cas déterminé, les accords verticaux en question ont des effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, CE.
9. Il ressort de l'article 12 du règlement que celui-ci est entré en vigueur le 1er octobre 2002, à l'exception dudit article 5, paragraphe 2, sous b), lequel est applicable à compter du 1er octobre 2005.

Le droit français
10. Aux termes de l'article 1382 du code civil, «[t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».
Le litige au principal et la question préjudicielle
11. JLR est importateur en France de véhicules automobiles neufs et de produits de la marque LAND ROVER.
12. Depuis l'année 1994, Auto 24 était concessionnaire exclusif de JLR à Périgueux (France). Son contrat de concession a été résilié le 27 septembre 2002 avec effet le 30 septembre 2004, en application d'un préavis de deux ans tel que prévu par les stipulations contractuelles. À la date d'effet de cette résiliation, elle a conclu avec JLR un contrat de réparateur agréé. Sa candidature pour devenir distributeur agréé n'a, en revanche, pas été retenue par JLR.
13. Par un jugement devenu définitif le 28 octobre 2005, le tribunal de commerce de Versailles a jugé que JLR avait fait preuve de discrimination dans l'examen de ladite candidature et l'a, en conséquence, condamnée à verser 100 000 euros à Auto 24 à titre de dommages et intérêts pour la perte d'un gain que cette dernière aurait pu réaliser si elle avait obtenu la qualité de distributeur agréé.
14. Le 19 janvier 2006, JLR a de nouveau refusé à Auto 24 la qualité de distributeur agréé à Périgueux, au motif que le «numerus clausus» établi par JLR ne prévoyait pas la désignation d'un distributeur de véhicules neufs dans cette ville.
15. Au mois d'octobre de l'année 2006, la société Pericaud Automobiles, distributeur agréé de JLR, a ouvert un établissement secondaire à Trélissac (France), en périphérie de Périgueux.
16. Dans ces conditions, Auto 24 a assigné JLR devant le tribunal de commerce de Bordeaux aux fins de l'indemniser du préjudice généré par le refus de cette dernière de l'agréer comme distributeur sur le secteur de Périgueux.
17. Par jugement du 8 février 2008, le tribunal de commerce de Bordeaux a débouté Auto 24 de l'ensemble de ses demandes.
18. Par arrêt du 2 décembre 2009, la cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement, en relevant notamment que JLR avait refusé à Auto 24 de l'agréer comme distributeur en se fondant sur un numerus clausus établi le 8 avril 2005, lequel prévoyait 72 contrats de distributeurs agréés pour 109 sites, décrits dans un tableau des contrats et des sites où ne figure pas Périgueux.
19. Auto 24 s'est alors pourvue en cassation contre cet arrêt devant la juridiction de renvoi. Par son pourvoi, Auto 24 soutient, notamment, que la cour d'appel de Paris a méconnu l'article 1er, paragraphe 1, sous g), du règlement et l'article 1382 du code civil en estimant qu'aucune disposition législative ou réglementaire, de droit national ou communautaire, n'impose au concédant de justifier des raisons économiques ou autres à l'origine d'un numerus clausus et en retenant que JLR avait établi un numerus clausus ne prévoyant pas la possibilité d'implantation à Périgueux, sans examiner l'objectivité des critères de sélection, leur utilité économique, l'amélioration du service rendu à la clientèle et les conditions de leur mise en œuvre. Selon Auto 24, dans un système de distribution sélective quantitative, le fournisseur, lorsqu'il sélectionne ses distributeurs, doit appliquer des critères de sélection

quantitatifs précis, objectifs, proportionnés au but à atteindre et mis en œuvre de façon non discriminatoire.

20. Dans ces conditions, la Cour de cassation, éprouvant des doutes sur l'interprétation du règlement, et notamment sur les exigences relatives aux critères de sélection en matière de distribution sélective quantitative, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Que faut-il entendre par les termes de 'critères définis' figurant à l'article 1er, [paragraphe] 1, [sous] f), du règlement [...] s'agissant d'une distribution sélective quantitative?»

Sur la question préjudicielle

21. Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les termes «critères définis», figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du règlement, doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent que, pour bénéficier de l'exemption, un système de distribution sélective quantitative, au sens du règlement, repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

22. À titre liminaire, il importe de rappeler qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour (voir, notamment,

arrêts du 18 décembre 1986, VAG France, 10/86, Rec. p. 4071, point 12; du 30 avril 1998, Cabour, C-230/96, Rec. p. I-2055, points 47, 48 et 51, ainsi que du 2 avril 2009, Pedro IV Servicios, C-260/07, Rec. p. I-2437, point 68) que le non-respect d'une condition nécessaire à l'exemption ne peut, en soi, donner lieu à des dommages et intérêts au titre de l'article 101 TFUE ou contraindre un fournisseur à accueillir un distributeur candidat dans un système de distribution.

23. En l'occurrence, Auto 24 fait valoir, pour l'essentiel, que tout critère quantitatif au sens de l'article 1er, paragraphe 1, sous g), du règlement, à savoir tout critère qui, afin de sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, limite directement le nombre de ceux-ci, doit répondre à des justifications économiques objectives dont le fournisseur doit apporter la preuve et être appliqué de façon uniforme et non discriminatoire sur toutes les zones de chalandise et à tous les candidats potentiels au système de distribution.

24. À cet égard, il convient de rappeler qu'il ressort des considérants 1 ainsi que 4 à 6 du règlement que le bénéfice de l'exemption est limité aux accords verticaux qui, eu égard à l'expérience acquise en matière de distribution dans le secteur automobile, sont présumés remplir, en raison des gains d'efficience qu'ils apportent, les conditions posées à l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

25. Ainsi qu'il ressort du considérant 7 du règlement, les seuils au-dessous desquels il peut être présumé que les avantages procurés par les accords verticaux l'emportent sur leurs effets restrictifs varient en fonction des caractéristiques des différents types d'accord vertical.

26. Selon les considérants 7 et 8 du règlement, les accords verticaux présentent généralement ces avantages lorsque le fournisseur concerné détient une part de marché sur lequel il vend les véhicules automobiles neufs n'excédant pas 40 % lorsque la «distribution sélective quantitative» est utilisée pour vendre des véhicules automobiles neufs, alors que, dans le cas de la «distribution sélective qualitative», de tels avantages peuvent être escomptés quelle que soit la part de marché du fournisseur.

27. Ainsi, aux termes de l'article 3, paragraphe 1, deuxième alinéa, du règlement, le seuil de part de marché pour l'application de l'exemption est de 40 % pour les accords établissant des systèmes de distribution sélective quantitative pour la vente de tels véhicules, tandis que, conformément au troisième alinéa dudit paragraphe 1, la part de marché détenue par le

fournisseur concerné est sans incidence aux fins de l'application de l'exemption aux accords instituant des systèmes de distribution sélective qualitative.

28. C'est dans ce contexte qu'il y a lieu de comprendre les notions de «système de distribution sélective», de «système de distribution sélective quantitative» et de «système de distribution sélective qualitative», définies, respectivement, à l'article 1er, paragraphe 1, sous f) à h), du règlement.

29. Il résulte de ces dernières dispositions que, pour ce qui concerne tant les systèmes de distribution sélective quantitative que les systèmes de distribution sélective qualitative, au sens du règlement, des distributeurs doivent être sélectionnés sur la base de «critères définis», au sens de l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du règlement.

30. Dans ce contexte, les termes «critères définis», au sens de cette disposition, doivent être interprétés comme se référant à des critères dont le contenu précis peut être vérifié.

31. Il convient de préciser sur ce point qu'il n'est pas nécessaire, en vue de la vérification de leur contenu précis, que les critères de sélection utilisés aux fins d'un système de distribution sélective soient publiés, au risque, ainsi que l'a relevé le gouvernement français, de compromettre le secret des affaires, voire de faciliter d'éventuels comportements collusoires.

32. Par ailleurs, il ne ressort pas de la définition de la notion de «système de distribution sélective quantitative», figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous g), du règlement, que cette notion doive être interprétée comme comportant une exigence selon laquelle des critères appliqués par le fournisseur pour sélectionner les distributeurs doivent non seulement être «définis», mais, en outre, être objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

33. En effet, ce n'est que dans le contexte des systèmes de distribution sélective qualitative que le règlement, par la définition figurant à son article 1er, paragraphe 1, sous h), exige notamment que les critères de sélection utilisés par le fournisseur soient «requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire».

34. Ainsi, il découle des termes mêmes des définitions figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f) et g), du règlement que, lorsqu'un système de distribution pour la vente de véhicules automobiles neufs interdit la revente aux distributeurs non agréés et repose sur des critères définis qui limitent directement le nombre de distributeurs, un tel système peut être qualifié de «système de distribution sélective quantitative», au sens du règlement. Le fait que, dans la pratique, les systèmes de distribution de véhicules automobiles neufs comportent très souvent des critères tant qualitatifs que quantitatifs est sans incidence à cet égard, ainsi que JLR et la Commission européenne l'ont reconnu, en substance, lors de l'audience.

35. Dans ces conditions, ainsi que le soutiennent, en substance, JLR, le gouvernement français et la Commission, si, dans le cadre du règlement, les critères quantitatifs de sélection devaient obligatoirement être objectifs et non discriminatoires, une confusion en résulterait entre les conditions exigées par le règlement pour l'application de l'exemption aux systèmes de distribution sélective qualitative et celles requises par celui-ci pour l'application de l'exemption aux systèmes de distribution sélective quantitative.

36. Or, il ne ressort pas de l'économie du règlement que le législateur ait voulu prévoir les mêmes conditions d'exemption pour ces deux systèmes de distribution sélective. Au contraire, étant donné que, ainsi qu'il ressort notamment des points 26 et 27 du présent arrêt, le règlement envisage des conditions d'exemption distinctes selon que la distribution sélective en question est qualifiée de «quantitative» ou de «qualitative», les éléments figurant

uniquement à l'article 1er, paragraphe 1, sous h), du règlement ne sauraient être également appliqués au point g) de cette disposition, sauf à amalgamer ces deux types de distribution sélective.
37. Par ailleurs, contrairement à ce qu'Auto 24 a laissé entendre, le fait que, conformément à l'article 5, paragraphe 2, du règlement, un fournisseur ne peut empêcher l'ouverture d'un établissement secondaire par l'un de ses distributeurs agréés n'a pas d'incidence à cet égard.
38.En outre, la jurisprudence invoquée par Auto 24 issue de l'arrêt du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission (26/76, Rec. p. 1875), n'a pas d'incidence dans la présente affaire. Sur ce point, il suffit de constater que, dans le cadre du règlement, ainsi qu'il ressort notamment des points 32 à 34 du présent arrêt, un «système de distribution sélective quantitative» se distingue, par définition, de la sélection qualitative des distributeurs faisant l'objet du point 20 de l'arrêt Metro SB-Großmärkte/Commission, précité.
39. Eu égard à tout ce qui précède, il y a lieu de répondre à la question posée que, par les termes «critères définis», figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du règlement, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.
Sur les dépens
40. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.
Par ces motifs,la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:
Par les termes «critères définis», figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du règlement (CE) nº 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

Com. 15 janv. 2013

Arrêt n° 47 FS-P+B ; Pourvoi no Y 10-12.734
Sur le moyen unique :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 décembre 2009), qu'après avoir résilié le contrat de concession qui les liait, les sociétés Jaguar Land Rover France et Auto 24 ont conclu un contrat de réparateur agréé du réseau Land Rover, la candidature de la société Auto 24 en qualité de distributeur agréé étant en revanche rejetée ; que la société Land Rover a ultérieurement réitéré son refus d'agrément en indiquant à la société Auto 24 que son *"numerus clausus"* ne prévoyait pas de représentation de véhicules neufs à Périgueux, ville dans laquelle la société Auto 24 exerçait son activité ; que la société Auto 24, reprochant à la société Land Rover un comportement discriminatoire dans le rejet de sa nouvelle candidature, l'a assignée en

paiement de dommages-intérêts ; que, par arrêt du 29 mars 2011, la Cour de cassation a sursis à statuer sur le pourvoi de la société Auto 24 et interrogé à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne ;

Attendu que la société Auto 24 fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande, alors, selon le moyen :

1o/ que dans la distribution sélective quantitative, le fournisseur doit appliquer, pour sélectionner les distributeurs, des critères de sélection quantitatifs précis, objectifs, proportionnés au but à atteindre et mis en oeuvre de façon non discriminatoire ; que pour estimer que la société Land Rover avait respecté ces obligations, les juges du fond se sont bornés à constater que cette société avait établi un numerus clausus décrivant dans un tableau des contrats et des sites ne prévoyant pas la possibilité d'implantation à Périgueux ; qu'en statuant ainsi sans examiner l'objectivité de ces critères, leur utilité économique, l'amélioration du service rendu à la clientèle et les conditions de leur mise en oeuvre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1 G du Règlement no 1400/2002 du 31 juillet 2002, ensemble de l'article 1382 du code civil ;

2o/ que la distribution sélective quantitative est un système de distribution dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci, sans pouvoir limiter le nombre et l'emplacement dans l'espace communautaire de leurs points de vente ; qu'en estimant que la société Land Rover avait pu, sans examen, rejeter la candidature de la société Auto 24, à la faveur de son numerus clausus écartant un point de vente à Périgueux, la cour d'appel a violé les articles 1 G et 5.2.b du Règlement no 1400/2002 du 31 juillet 2002, ensemble l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, que par arrêt du 14 juin 2012 (affaire C-158/11), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que par les termes « critères définis », figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du Règlement (CE) no 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié et que pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément ; qu'ayant, par motifs propres et adoptés, énoncé qu'aux termes de l'article 1, paragraphe 1, sous g) du règlement d'exemption no 1400/2002, le système de distribution sélective quantitative est celui dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci et retenu qu'aucune disposition législative ou réglementaire, de droit national ou communautaire, n'impose au concédant de justifier des raisons qui l'ont amené à arrêter le *"numerus clausus"* qui lui sert de critère quantitatif de sélection, fixant un nombre de 72 contrats pour 109 sites parmi lesquels celui de Périgueux ne figure pas, ce dont il résultait un critère précis qui a été vérifié, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; Et attendu, d'autre part, que la société Auto 24 n'ayant pas soutenu devant les juges du fond que le *"numerus clausus"* écartait un point de vente à Périgueux en violation des articles 1er, paragraphe 1, sous g), et 5.2.b du Règlement no 1400/2002, le grief de la seconde branche est nouveau et mélangé de fait et de droit ; D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 8 octobre 2013

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 mai 2012), que la Société d'exploitation du garage Royal (la SEGR) et sa filiale, la société Garage Royal, dirigées par la famille X..., ont représenté les marques du groupe Fiat aux termes de trois contrats de concession exclusive à durée indéterminée, jusqu'à ce que la société Fiat France (la société Fiat), procède à leur résiliation en mars 2001 avec un préavis de vingt-quatre mois ; que l'établissement des comptes entre les parties ayant donné lieu à diverses critiques, la société Fiat a fait assigner la SEGR et le propriétaire de son fonds de commerce en paiement de diverses sommes ; que la SEGR et la société Garage Royal, intervenant volontaire, invoquant le caractère abusif de cette résiliation au regard, notamment, des investissements réalisés en 1998 pour la représentation de la marque Alfa Roméo et des pourparlers de cession des fonds de commerce qui étaient en cours à la date à laquelle elle est intervenue, ont formé des demandes reconventionnelles, Mme X... (Mme X...) sollicitant également des dommages-intérêts en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Fiat-Lancia exploité par la société SEGR ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Fiat fait grief à l'arrêt d'avoir dit que la résiliation des contrats de concession est intervenue dans des conditions abusives, et de l'avoir condamnée à payer certaines sommes à Mme X..., en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Fiat-Lancia, et à la SEGR, en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Alfa Roméo, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en vertu de la liberté contractuelle, le concédant peut rompre à tout moment un contrat à durée indéterminée ; qu'aucune obligation de motivation de la rupture ne pèse sur le concédant, sauf stipulation expresse contraire ; qu'en l'espèce, pour décider que la société Fiat aurait résilié abusivement le contrat de concession, la cour d'appel a relevé que le concédant aurait précipité « la notification de la résiliation, sans même invoquer un intérêt personnel impératif à préserver » ; que, ce faisant, la cour d'appel a retenu que la société Fiat aurait commis une faute consistant à ne pas disposer d'un motif justifiant la date de la notification de la résiliation ; qu'en statuant ainsi, quand la résiliation d'un contrat à durée indéterminée est libre et peut intervenir, sans motif, à tout moment, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'un concédant est en droit de rompre à tout moment un contrat de concession à durée indéterminée, sous réserve que le concessionnaire puisse disposer d'un temps suffisant pour amortir les investissements qui lui ont été demandés, s'ils sont demandées par le constructeur, ce qui est contesté en l'espèce ; que la durée nécessaire à l'amortissement des investissements doit s'apprécier en prenant en compte non pas la date à laquelle la résiliation est notifiée au concessionnaire, mais la date d'échéance du préavis qui marque le terme des relations contractuelles entre les parties puisque l'amortissement peut continuer à s'effectuer durant la période de préavis ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que les investissements

prétendument commandés par la société Fiat pour la présentation des véhicules de marque Alfa Roméo devaient être amortis le 30 septembre 2002 ; que la résiliation décidée par la société Fiat le 21 mars 2001 n'était donc pas abusive puisqu'elle ne devait prendre effet que le 22 mars 2003, après écoulement d'un préavis de deux ans permettant l'amortissement complet des investissements ; qu'en décidant pourtant que la résiliation litigieuse était abusive, en relevant que, pour apprécier la bonne foi de la société Fiat, il fallait se placer « non à l'échéance du préavis, mais au moment de la résiliation intervenue », la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que le concédant n'étant pas débiteur d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion, il n'est pas tenu de favoriser la reprise par un tiers des actifs de son concessionnaire ; qu'en conséquence, il ne saurait être fait grief à un concédant d'avoir résilié un contrat de concession à une époque où son concessionnaire discutait avec un repreneur éventuel ; qu'en l'espèce, pour décider que la société Fiat aurait résilié abusivement le contrat de concession, la cour d'appel a relevé « qu'à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait, pour en être à l'origine, l'existence de pourparlers engagés avec le repreneur », M. Y...; qu'en statuant ainsi, cependant que la société Fiat n'était nullement tenue d'assister ses concessionnaires en vue d'assurer leur reconversion par reprise de leurs actifs, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

4°/ que la décision du concédant de résilier le contrat de concession, prise pendant que le concessionnaire négociait une reprise de ses actifs par un tiers, ne fait nullement obstacle au succès des négociations avec le repreneur ; qu'en effet, les contrats de concession, conclus intuitu personae, n'étant pas librement cessibles et l'agrément du concédant devant toujours être obtenu par le repreneur éventuel, le simple fait que les contrats de concession soient rompus ne modifie en rien la situation du repreneur intéressé qui devra toujours obtenir le consentement du concédant ; qu'en l'espèce, pour décider que la société Fiat aurait résilié abusivement le contrat de concession, la cour d'appel a relevé « qu'à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait, pour en être à l'origine, l'existence de pourparlers engagés avec le repreneur », M. Y...; qu'en statuant ainsi, cependant que la résiliation par la société Fiat des contrats de concession ne faisait nullement obstacle à la réussite des négociations entreprises par les concessionnaires en vue de leur reconversion par reprise de leurs actifs, dans la mesure où le repreneur aurait dû, en toute hypothèse, obtenir l'agrément du concédant exigé expressément par les contrats de concession avant toute cession, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

5°/ que sauf abus, le refus d'agrément opposé par un concédant au candidat à la reprise des actifs de son concessionnaire n'est pas fautif ; qu'il appartient aux juges du fond de caractériser en quoi le refus d'agrément serait abusif ; qu'en l'espèce, pour décider que la société Fiat aurait résilié abusivement le contrat de concession, la cour d'appel a postulé, sans l'établir, que le refus d'agrément initialement opposé à M. Z...était abusif ; qu'elle a relevé « qu'en refusant d'agréer M. Z..., puis en l'agréant avec retard quelques mois avant la fin du préavis, alors que les négociations avec M. Y...avaient échoué par sa faute, sans même invoquer un intérêt personnel impératif à préserver, et sans même répondre à la lettre de la société Garage Royal lui faisant part de l'urgence à donner cet agrément » le concédant aurait agi avec mauvaise foi ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à établir que le refus

d'agrément critiqué était illégitime, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

6°/ que sauf abus, le refus d'agrément opposé par un concédant au candidat à la reprise des actifs de son concessionnaire n'est pas fautif ; que lorsqu'il a été conventionnellement stipulé que le refus d'agrément devait être motivé, les motifs légitimes avancés par le concédant, même tardivement, excluent tout abus ; qu'en l'espèce, pour décider que la société Fiat aurait résilié abusivement le contrat de concession, la cour d'appel a relevé « qu'en refusant d'agréer M. Z...¿ sans même invoquer un intérêt personnel impératif à préserver, et sans même répondre à la lettre de la société Garage Royal lui faisant part de l'urgence à donner cet agrément » le concédant aurait agi avec mauvaise foi ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il lui était pourtant demandé, si le refus d'agrément initialement opposé à M. Z...n'avait pas une cause légitime tenant à l'agrément préalablement accordé par la société Fiat à M. Y..., peu important la date à laquelle ce motif a été porté à la connaissance des concessionnaires, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait, pour en être à l'origine, l'existence de pourparlers engagés entre son concessionnaire et le repreneur qu'il lui avait désigné et retenu, par une appréciation souveraine des faits de la cause, qu'il avait précipité la notification de sa décision de résilier sans ignorer la difficulté dans laquelle il plongeait son concessionnaire, auquel il ôtait toute marge réelle de manoeuvre pour obtenir un prix raisonnable pour les cessions envisagées au regard de l'incidence d'une telle décision sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce, la cour d'appel, qui n'a pas retenu la faute dont fait état la première branche, ni imposé au concédant une obligation d'assistance, et n'a pas dit que la résiliation faisait obstacle à la cession, mais a fait ressortir que le concédant avait sciemment entravé la reconversion des concessionnaires, a, de ces seuls motifs, pu déduire, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deuxième, cinquième et sixième branches, que, nonobstant le respect du préavis contractuel, la société Fiat ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation ; que le moyen, qui ne peut être accueilli en ses deuxième, cinquième et sixième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur les deuxième et troisième moyens, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que la société Fiat fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer certaines sommes à Mme X..., en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Fiat-Lancia exploité par la SEGR et à la SEGR en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Alfa Roméo, alors, selon le moyen :

1°/ que la faute tenant aux circonstances dans lesquelles a été exercé le droit de rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée n'est pas la cause du préjudice consistant en la perte du contrat lui-même ; que l'abus commis par le concédant dans l'exercice de son droit de résiliation d'un contrat de concession à durée indéterminée n'est pas la cause du préjudice résultant de la perte par le concessionnaire de son fonds de commerce ; qu'en l'espèce, pour condamner la société Fiat à payer à Mme X..., en sa qualité de propriétaire du fonds de

commerce Fiat/ Lancia exploité par la SEGR, la somme de 530 587 euros à la SEGR, en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Alfa Roméo la somme de 60 000 euros, prétendument représentative de la valeur de ce fonds de commerce, la cour d'appel a retenu que le préjudice subi serait « caractérisé par la perte elle-même de leurs activités de concessionnaires exclusifs des marques » ; qu'en statuant ainsi, cependant que la perte du fonds de commerce n'est pas la conséquence de la brutalité de la rupture du contrat de concession, mais de la rupture elle-même qui n'est pas intrinsèquement fautive, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147 du code civil ;

2°/ que méconnaît l'égalité des armes, la cour d'appel qui se fonde exclusivement sur une expertise non contradictoire établie à la demande de l'une des parties ; qu'en l'espèce, pour condamner la société Fiat à payer à Mme X..., en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Fiat-Lancia exploité par la SEGR, la somme de 530 587 euros, à la SEGR, en sa qualité de propriétaire du fonds de commerce Alfa Roméo la somme de 60 000 euros la cour d'appel s'est exclusivement fondée sur un rapport d'expertise établi de manière non contradictoire par le Cabinet Pricewaterhousecoopers à la demande des concessionnaires ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu le principe de l'égalité des armes et violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu, d'une part, qu'en retenant le caractère fautif de la résiliation des contrats de concession au regard des circonstances dans lesquelles elle est intervenue, et en faisant ressortir que cette faute était à l'origine de la cessation d'activité et de la perte des fonds de commerce qui n'ont pu être cédés, la cour d'appel n'a pas procédé à l'indemnisation de la perte des contrats de concession résultant de la résiliation, mais à l'indemnisation du préjudice résultant de l'absence d'exécution de bonne foi des conventions ;

Et attendu, d'autre part, que la société Fiat n'ayant pas demandé dans ses conclusions d'appel que le rapport lui soit déclaré inopposable ou qu'il soit écarté des débats au nom du respect de l'égalité des armes ou du principe du contradictoire, et s'étant bornée à critiquer la méthode d'évaluation utilisée et à faire valoir que ce rapport, réalisé dans l'objectif d'une cession, était inadapté pour déterminer la valeur intrinsèque du fonds, le moyen, mélangé de fait et de droit, est nouveau ;

D'où il suit que le moyen, qui n'est pas fondé en sa première branche, est irrecevable en sa seconde branche ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Séance 5 : DISTRIBUTION SÉLECTIVE : PROTECTION DU RÉSEAU ET SÉLECTION DES DISTRIBUTEURS

TPICE, 12 décembre 1996

(…)

3. Les systèmes de distribution sélective constituent un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité s'il est satisfait à quatre conditions, à savoir :
- premièrement, que les propriétés du produit en cause nécessitent un système de distribution sélective, en ce sens qu'un tel système constitue une exigence légitime, eu égard à **la nature des produits** concernés, et notamment à leur **haute qualité ou technicité**, pour en préserver **la qualité et en assurer le bon usage** ;
-deuxièmement, 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 ;
- troisièmement, que le système en cause vise à atteindre un résultat de nature à améliorer la concurrence et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective, notamment en matière de prix ; et,
- quatrièmement, que les critères imposés n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire.
- La question de savoir si ces conditions sont remplies doit être appréciée d'une façon objective, en tenant compte de l'intérêt du consommateur.

Des systèmes de **distribution sélective** qui trouvent leur justification dans la nature spécifique des produits ou les exigences de leur distribution peuvent être mis en place dans d'autres secteurs que celui de la production de biens de consommation durables, de haute qualité ou technicité, sans enfreindre l'article 85, paragraphe 1, du traité.
Les cosmétiques de luxe, et notamment les parfums de luxe, sont des produits sophistiqués et de haute qualité, dotés d'une "image de luxe" distinctive, qui est importante aux yeux des consommateurs. Les propriétés de ces produits ne peuvent être limitées à leurs caractéristiques matérielles, mais englobent également la perception spécifique qu'en ont les consommateurs, et plus particulièrement leur "image de luxe", qui relève ainsi de leur nature même.
Il est dans l'intérêt des consommateurs recherchant de tels produits que ceux-ci soient présentés dans de bonnes conditions dans les points de vente, et que soit ainsi préservée leur image de luxe.
Il s'ensuit que, dans le secteur des cosmétiques de luxe, et notamment des parfums de luxe, des critères qualitatifs de sélection des détaillants qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la vente de ces produits dans de bonnes conditions de présentation ne sont pas, en principe, visés par l'article 85, paragraphe 1, du traité, pour autant que ces critères soient objectifs, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués d'une façon non discriminatoire.
4. Le contrôle juridictionnel par le Tribunal, au titre de l'article 173 du traité, d'une décision par laquelle la Commission constate que les critères de sélection d'un système de **distribution sélective** remplissent les conditions requises pour être considérés comme licites au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité, se limite à vérifier si les constatations de la Commission sont entachées d'un défaut de motivation, d'une erreur manifeste de fait ou de droit, d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un détournement

de pouvoir. Il n'appartient pas au juge communautaire de se prononcer sur l'application de ces critères dans des cas concrets.
En revanche, il appartient aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes, saisies du recours d'un candidat qui s'est vu refuser l'accès au réseau, de statuer à la lumière, le cas échéant, de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal, sur la question de savoir si les critères en cause ont été appliqués dans un cas concret d'une manière discriminatoire ou disproportionnée, entraînant ainsi une violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Il leur incombe notamment de veiller à ce que les critères en cause ne soient pas utilisés pour empêcher l'accès au réseau de nouveaux opérateurs capables de distribuer les produits en cause dans des conditions qui ne sont pas dévalorisantes.
Par ailleurs, un candidat qui s'est vu refuser l'accès au réseau a la possibilité d'introduire une plainte devant la Commission au titre de l'article 3 du règlement n° 17, notamment en cas d'utilisation systématique des conditions d'admission dans un sens incompatible avec le droit communautaire.
5. Dans le cadre d'un système de **distribution sélective** dans le secteur des cosmétiques de luxe, la présence dans le point de vente d'une personne capable de donner au consommateur des conseils ou des renseignements appropriés constitue en principe une exigence légitime pour la vente desdits produits, qui fait partie intégrante d'une bonne présentation de ceux-ci.
6. Dans le cadre d'un système de **distribution sélective** dans le secteur des cosmétiques de luxe, un critère relatif à l'environnement dans lequel est situé un point de vente de ces produits n'est pas en soi visé par l'article 85, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où il a pour objet d'assurer que de tels produits ne soient pas vendus en des lieux totalement inadaptés à de telles ventes.
En revanche, des conditions concernant l'aspect extérieur du point de vente, telles la façade, les vitrines et la décoration de celui-ci, se prêtent à une application discriminatoire à l'encontre d'un point de vente - tel qu'un hypermarché - qui n'a pas la même façade qu'un commerce traditionnel, notamment une façade comportant des vitrines, mais qui a aménagé un emplacement ou un espace situé à l'intérieur d'un magasin d'une façon appropriée à la vente des cosmétiques de luxe. En outre, des vitrines à l'extérieur n'apparaissent pas nécessaires pour la bonne présentation des produits dans le contexte d'un emplacement ou d'un espace aménagé à l'intérieur d'un magasin "multiproduits".
En ce qui concerne les conditions concernant l'intérieur du point de vente, telle la vente d'autres marchandises dans celui-ci, elles ne sauraient pas suffire pour exclure d'un réseau un hypermarché, en ce sens que la vente des marchandises typiquement trouvées dans un hypermarché n'est pas en soi de nature à nuire à l'"image de luxe" des produits en cause, pourvu que l'emplacement ou l'espace consacré à la vente des cosmétiques de luxe soit aménagé de façon à ce que ces produits soient présentés dans des conditions valorisantes.
En ce qui concerne les critères relatifs aux autres activités des magasins, des considérations tenant à l'importance de celles-ci sont disproportionnées dans la mesure où elles n'ont en soi aucun rapport avec l'exigence légitime de la préservation de l'image de luxe des produits concernés. Par ailleurs, elles sont discriminatoires dans la mesure où elles tendent à favoriser la candidature d'une parfumerie spécialisée au détriment de celle d'un magasin "multiproduits" disposant d'un emplacement spécialisé aménagé de manière à satisfaire aux conditions qualitative appropriées pour la vente des cosmétiques de luxe.
7. Dans le cadre d'un système de **distribution sélective** dans le secteur des cosmétiques de luxe, un critère qui a pour seul objet de veiller à ce que l'enseigne du détaillant ne soit

pas de nature à dévaloriser l'image de luxe de ces produits constitue en principe une exigence légitime de la distribution de tels produits et ne relève donc pas nécessairement de l'article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, il est à craindre que, en l'absence d'un tel critère, l'image de luxe des cosmétiques de luxe, et donc leur nature même, soit atteinte par la vente de ces produits par des détaillants dont l'enseigne est manifestement dévalorisante aux yeux des consommateurs. Le critère ne peut toutefois être appliqué de façon injustifiée ou disproportionnée.

8. Si des systèmes de **distribution sélective** dits "simples" sont susceptibles de constituer un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité, une restriction ou une élimination de la concurrence peut néanmoins se produire lorsque l'existence d'un certain nombre de tels systèmes ne laisse aucune place à d'autres formes de distribution axées sur une politique concurrentielle de nature différente ou aboutit à une rigidité dans la structure des prix qui n'est pas contrebalancée par d'autres facteurs de concurrence entre produits d'une même marque et par l'existence d'une concurrence effective entre marques différentes. Par conséquent, l'existence d'un grand nombre de tels systèmes de **distribution sélective** pour un produit déterminé ne permet pas, à elle seule, de conclure que la concurrence est restreinte ou faussée au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, mais il faut encore que le marché concerné soit tellement rigide et structuré qu'il n'existe plus de concurrence efficace en matière de prix.

A cet égard, l'article 85, paragraphe 1, du traité ne saurait être automatiquement applicable du seul fait que tous les fabricants dans le secteur concerné ont fait le même choix quant à leurs méthodes de distribution. Si, pris individuellement, certains critères de sélection d'un fabricant ne relèvent pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité, l'effet cumulatif des autres réseaux n'est de nature à altérer cette conclusion que s'il est démontré, premièrement, qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché à l'encontre de nouveaux concurrents aptes à vendre les produits en question, de sorte que les systèmes de**distribution sélective** en cause ont pour effet de figer la distribution au profit de certains canaux existants, ou, deuxièmement, qu'il n'y a pas de concurrence efficace, notamment en matière de prix, compte tenu de la nature des produits en cause.

Dans l'affaire T-88/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc, société de droit français, établie à Paris, représenté par Mes Mario Amadio et Gilbert Parléani, avocats au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Philippe Hoss, 15, Côte d'Eich, partie requérante, contre Commission des Communautés européennes, représentée initialement par M. Bernd Langeheine, puis par M. Berend Jan Drijber, membres du service juridique, en qualité d'agents, assistés de Me Hervé Lehmann, avocat au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Carlos Gomez de la Cruz, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg, partie défenderesse, soutenue par Parfums Givenchy SA, société de droit français, établie à Levallois-Perret (France), représentée par Me François Bizet, avocat au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Aloyse May, 31, Grand-rue, Fédération des industries de la parfumerie, union de syndicats régie par le droit français, ayant son siège à Paris, représentée par Me Robert Collin, avocat au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Ernest Arendt, 8-10, rue Mathias Hardt, Comité de liaison des syndicats européens de l'industrie de la parfumerie et des cosmétiques, association internationale sans but lucratif régie par le droit belge, ayant son siège à Bruxelles, représentée par M. Stephen Kon, solicitor, et Me Mélanie Thill-Tayara, avocat au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Mes Winandy et Err, 60, avenue Gaston Diderich, et Fédération européenne des parfumeurs détaillants, association de fédérations ou de syndicats nationaux régie par le droit français, ayant son siège à Paris, représentée par Me

Rolland Verniau, avocat au barreau de Lyon, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Nico Schaeffer, 12, avenue de la Porte-Neuve, parties intervenantes, ayant pour objet l'annulation de la décision 92/428/CEE de la Commission, du 24 juillet 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.542 - Système de **distribution sélective** de Parfums Givenchy) (JO L 236, p. 11).

FAITS A L'ORIGINE DU LITIGE

Introduction

- 1 La catégorie des produits cosmétiques recouvre une grande variété d'articles comprenant notamment les produits de parfumerie alcoolisés, de soins et de beauté ainsi que les produits capillaires et de toilette. Au sein de cette catégorie, il existe un segment constitué par les produits de luxe : articles de haute qualité, au prix relativement élevé, commercialisés sous une marque de prestige. En général, les produits cosmétiques de luxe ne sont vendus que par l'intermédiaire de réseaux de distribution sélective soumis à des conditions comparables. Ces réseaux sont principalement constitués par des parfumeries spécialisées ou des emplacements spécialisés situés à l'intérieur des grands magasins.
- 2 Parfums Givenchy SA (ci-après "Givenchy") est un producteur de produits cosmétiques de luxe. Elle fait partie du Groupe Louis Vuitton Moët-Hennessy, avec les sociétés Parfums Christian Dior et Parfums Christian Lacroix qui opèrent sur le même marché. Par l'intermédiaire de ces trois sociétés, le groupe Louis Vuitton Moët-Hennessy détient plus de 10 % du marché communautaire des produits parfumants de luxe.
- 3 Il ressort de la ventilation par gammes de produits, fournie par Givenchy en cours d'instance, que la vente des parfums de luxe représentait, en 1990 et en 1991, 80 à 100 % de ses ventes totales endistribution sélective, selon l'Etat membre concerné, le solde étant constitué par la vente de produits de soins de luxe et de beauté de luxe. Ces produits sont vendus par environ 10 000 points de vente agréés ainsi que par des magasins hors taxes dans lesquels est réalisée une proportion importante des ventes dans plusieurs Etats membres.
- 4 Le 19 mars 1990, Givenchy a notifié à la Commission un réseau de contrats de distribution sélective pour la commercialisation dans la Communauté de ses produits de parfumerie alcoolisés, de soins et de beauté, en demandant, à titre principal, une attestation négative au titre de l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (JO 1962, 13, p. 204, ci-après "règlement n° 17"), et, à titre subsidiaire, une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité.
- 5 Le 8 octobre 1991, conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17, la Commission a publié une communication (JO C 262, p. 2) indiquant son intention d'adopter une décision favorable à l'égard des contrats notifiés, dans leur version modifiée suite à ses observations, et invitant les tiers intéressés à lui faire parvenir leurs observations éventuelles dans un délai de trente jours.
- 6 En réponse à cette publication, le requérant, le Groupement d'achat Edouard Leclerc (ci-après "Galec"), a soumis des observations datées du 6 novembre 1991. Le Galec est un groupement d'achat, sous forme de société coopérative, desservant un réseau de points de vente au détail en France, appelés centres distributeurs Leclerc (ci-après "centres Leclerc"), dont la plupart sont des hypermarchés ou des supermarchés. Dans ses observations, le Galec s'est opposé à la décision proposée,

au motif, notamment, que certains centres Leclerc adaptés à la distribution des cosmétiques de luxe en seraient exclus si elle était adoptée.

- 7 Le Galec a participé de la même façon à la procédure administrative dans l'affaire Yves Saint Laurent Parfums dans laquelle la Commission a adopté le 16 décembre 1991 la décision 92/33/CEE, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.242 - Yves Saint Laurent Parfums) (JO 1992, L 12, p. 2) et qui fait l'objet d'un recours parallèle devant le Tribunal (Galec/Commission, T-19/92).
- 8 Le 24 juillet 1992, la Commission a adopté la décision 92/428/CEE, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.542 - Système de distribution sélective de Parfums Givenchy) (JO L 236, p. 11, ci-après "Décision"). Celle-ci fait l'objet du présent arrêt.

Appréciation du Tribunal (….)

Sur le fond

- 57 Le grief principal du Galec est que le cumul des critères de sélection approuvés dans la Décision a pour effet d'exclure a priori du réseau Givenchy certains hypermarchés à l'enseigne E. Leclerc, en dépit du fait qu'ils seraient aptes à la commercialisation des parfums de luxe dans des conditions loyales et valorisantes. Autour de ce grief principal, le Galec soulève dans sa requête trois séries de moyens tirés, respectivement, de défauts de motivation, d'erreurs de fait et d'erreurs de droit. Ces moyens se chevauchent et comportent, en substance, les quatre allégations principales suivantes : a) la Décision serait entachée de défauts de motivation et/ou d'erreurs manifestes de fait dans la mesure où les méthodes de valorisation propres aux grandes ou moyennes surfaces (ci-après "grande distribution") y sont considérées comme impropres à la distribution des parfums de luxe ; b) la Décision serait entachée de défauts de motivation et/ou d'erreurs manifestes de fait en ce qui concerne les besoins et les attentes des consommateurs ; c) la Décision serait entachée d'erreurs de droit et/ou de défauts de motivation dans la mesure où la Commission a décidé que les critères résumés en son point II.A.5 ne relèvent pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité ; d) la Décision serait entachée d'erreurs de droit et/ou d'erreurs manifestes de fait et/ou de défauts de motivation dans l'application qu'elle fait de l'article 85, paragraphe 3, du traité.
- 58 Il convient d'examiner, en premier lieu, le bien-fondé de la Décision au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité, en regroupant tous les moyens et arguments des parties y afférents, et, en second lieu, le bien-fondé de la Décision au regard de l'article 85, paragraphe 3, du traité.

I - Sur le bien-fondé de la Décision au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité
(…)
Appréciation du Tribunal :
(…)
A - Sur la compatibilité de principe avec l'article 85, paragraphe 1, du traité d'un système de **distribution sélective** fondé sur des critères qualitatifs dans le secteur des cosmétiques de luxe

- 105 Bien que la partie requérante fasse valoir qu'elle accepte la nécessité d'un système ciblé sur le concept de "sélectivité de luxe" afin de maintenir le prestige

des produits de luxe et de satisfaire les attentes des consommateurs, elle conteste néanmoins la licéité des critères de sélection retenus par Givenchy au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Dans ces circonstances, il convient d'examiner, au préalable, les principes juridiques de base qui régissent l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité dans le secteur des cosmétiques de luxe.

- 106 Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les systèmes de distribution sélective constituent un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité, s'il est satisfait à quatre conditions, à savoir : premièrement, que les propriétés du produit en cause nécessitent un système de distribution sélective, en ce sens qu'un tel système constitue une exigence légitime, eu égard à la nature des produits concernés, et notamment à leur haute qualité ou technicité, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage (voir l'arrêt L'Oréal, précité, point 16, interprété à la lumière de l'arrêt Metro I, points 20 et 21, de l'arrêt AEG, point 33, et de l'arrêt du Tribunal du 27 février 1992, Vichy/Commission, T-19/91, Rec. p. II-415, points 69 à 71) ; deuxièmement, 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 (voir par exemple les arrêts Metro I, point 20, L'Oréal, point 15, et AEG, point 35) ; troisièmement, que le système en cause vise à atteindre un résultat de nature à améliorer la concurrence et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective, notamment en matière de prix (voir les arrêts Metro I, points 20 à 22, AEG, points 33, 34 et 73, et Metro II, point 45), et, quatrièmement, que les critères imposés n'aillent pas audelà de ce qui est nécessaire (voir les arrêts L'Oréal, précité, point 16, et Vichy/Commission, précité, points 69 à 71). La question de savoir si ces conditions sont remplies doit être appréciée de façon objective, en tenant compte de l'intérêt du consommateur (voir les arrêts Metro I, point 21, et Vichy/Commission, précité, points 69 à 71).
- 107 S'il est vrai que la Cour a notamment jugé que de tels systèmes de distribution sélective fondés sur des critères qualitatifs peuvent être acceptés dans le secteur de la production de biens de consommation durables, de haute qualité ou technicité, sans enfreindre l'article 85, paragraphe 1, du traité, afin notamment de maintenir un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour de tels produits (voir les arrêts Metro I, point 20, AEG, point 33, et Metro II, point 54, et l'arrêt de la Cour du 10 décembre 1985, ETA, 31/85, Rec. p. 3933, point 16), il ressort également de la jurisprudence de la Cour que des systèmes de distribution sélective qui trouvent leur justification dans la nature spécifique des produits ou les exigences de leur distribution peuvent être mis en place dans d'autres secteurs économiques sans violer l'article 85, paragraphe 1 (voir les arrêts Binon, précité, points 31 et 32, et du 16 juin 1981, Salonia, 126/80, Rec. p. 1563). De même, dans son arrêt Metro I (point 20), la Cour a jugé que la nature et l'intensité de la concurrence efficace ("workable competition") nécessaire pour atteindre les objectifs du traité peuvent varier en fonction des produits ou services en cause et de la structure économique des marchés sectoriels concernés, sans violer le principe de la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du traité.
- 108 S'agissant des cosmétiques de luxe, et notamment des parfums de luxe qui constituent l'essentiel des produits concernés, il est constant, premièrement, qu'il s'agit de produits sophistiqués et de haute qualité, résultant d'une recherche particulière et utilisant des matériaux d'un haut niveau qualitatif, notamment pour

leur conditionnement ; deuxièmement, que ces produits sont dotés d'une "image de luxe" qui sert à les distinguer des autres produits semblables, qui sont dépourvus d'une telle image, et, troisièmement, que cette image de luxe est importante aux yeux des consommateurs, qui apprécient la possibilité d'acheter des cosmétiques de luxe et, notamment, des parfums de luxe. En effet, il n'existe, dans l'esprit du consommateur, qu'un faible degré de substituabilité entre les produits cosmétiques de luxe et les produits similaires relevant d'autres segments du secteur (voir point II.A.8 de la Décision).

- 109 Dans ces circonstances, le Tribunal estime que la notion de "propriétés" des cosmétiques de luxe, au sens de l'arrêt L'Oréal, précité, ne peut être limitée à leurs caractéristiques matérielles mais englobe également la perception spécifique qu'en ont les consommateurs, et plus particulièrement leur "aura de luxe". Il s'agit donc dans le cas d'espèce de produits qui, d'une part, sont d'une haute qualité intrinsèque et, d'autre part, possèdent un caractère de luxe qui relève de leur nature même.
- 110 Quant à la question de savoir si la distribution sélective constitue une exigence légitime dans le cas de produits qui possèdent de telles caractéristiques, le Tribunal relève que la motivation de la Décision sur ce point (point II.A) n'est pas basée sur le concept d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute technicité, au sens des arrêts Metro I, Metro II et AEG, mais plutôt sur deux autres considérations principales, à savoir a) l'intérêt de Givenchy, en tant que producteur de cosmétiques de luxe, à maintenir l'image de prestige de sa marque et à sauvegarder les fruits de ses efforts de promotion (voir le point II.A.5, deuxième et quatrième alinéas, de la Décision ; voir aussi, dans le même sens, le point II.B.2), et b) le besoin de sauvegarder, dans la perception des consommateurs, l'"aura d'exclusivité et de prestige" des produits en cause, notamment en assurant une "présentation au public apte à mettre en valeur la spécificité esthétique ou fonctionnelle" des produits (point II.A.5, deuxième alinéa) et "un cadre en harmonie avec le caractère luxueux et exclusif des produits en cause et une présentation conforme à l'image de la marque" (point II.A.5, quatrième alinéa ; voir aussi le point II.A.5, cinquième et sixième alinéas).
- 111 A cet égard, il y a lieu de préciser que, bien qu'un producteur soit libre de choisir sa politique de commercialisation, l'article 85, paragraphe 1, du traité doit être pris en considération dès lors que la mise en oeuvre de cette politique entraîne des accords qui imposent à d'autres opérateurs économiques indépendants des obligations de nature à restreindre leur liberté concurrentielle dans une mesure qui affecte sensiblement les échanges intracommunautaires. Dans ces circonstances, le seul fait qu'un producteur a consenti des efforts importants de promotion ne constitue pas, en soi, une justification objective de nature à soustraire à l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité un réseau de distribution qui limite la liberté concurrentielle des entreprises participantes et des tiers. S'il en était autrement, en effet, n'importe quel fabricant pourrait justifier l'adoption d'un système de distribution sélective sur la seule base de ses efforts de promotion, et n'importe quel critère restrictif de sélection pourrait être justifié au motif qu'il était nécessaire afin de protéger la politique de commercialisation voulue par le fabricant (voir l'arrêt Vichy/Commission, précité, point 71).
- 112 Le Tribunal estime donc qu'un système de distribution sélective ne se situe en dehors du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité que s'il

est objectivement justifié, compte tenu également de l'intérêt des consommateurs (voir point 106, in fine, ci-dessus).

- 113 A cet égard, le Tribunal considère qu'il est dans l'intérêt des consommateurs recherchant des cosmétiques de luxe que de tels produits soient présentés dans de bonnes conditions dans les points de vente. En effet, s'agissant de produits de haute qualité et dont l'image de luxe est appréciée par les consommateurs, des critères qui ne visent qu'à assurer leur présentation valorisante poursuivent un résultat qui est de nature à améliorer la concurrence, par la préservation de cette image de luxe, et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective. De tels critères constituent donc une exigence légitime au sens de la jurisprudence précitée (voir l'arrêt Metro I, point 37).
- 114 Le Tribunal estime, effectivement, qu'il est dans l'intérêt des consommateurs recherchant des cosmétiques de luxe que l'image de luxe de tels produits ne soit pas ternie, faute de quoi ils ne seraient plus considérés comme des produits de luxe. Il existe actuellement, dans le secteur des cosmétiques, une segmentation entre les cosmétiques de luxe et les cosmétiques qui ne sont pas de luxe, qui répond aux différents besoins des consommateurs et qui n'est donc pas critiquable sur le plan économique. Bien que la nature "de luxe" des cosmétiques de luxe découle également, entre autres, de leur haute qualité intrinsèque, de leur prix plus élevé et des campagnes publicitaires des fabricants, le Tribunal estime que le fait que ces produits soient vendus dans le cadre de systèmes de distribution sélective visant à assurer une présentation valorisante dans le point de vente est de nature à contribuer, lui aussi, à cette image de luxe et donc au maintien de l'une des caractéristiques principales des produits recherchés par les consommateurs. En effet, le résultat d'une distribution généralisée des produits concernés, dans le cadre de laquelle Givenchy n'aurait aucune possibilité de s'assurer que ses produits sont vendus dans des conditions appropriées, comporterait le risque d'une détérioration dans la présentation des produits dans le point de vente qui serait de nature à porter atteinte à l'"image de luxe", et donc à la nature même des produits concernés. Par suite, les critères visant à assurer une présentation des produits dans le point de vente qui soit en adéquation avec leur nature de luxe constituent une exigence légitime de nature à améliorer la concurrence dans l'intérêt du consommateur au sens de la jurisprudence précitée.
- 115 Cette conclusion n'est pas infirmée par le fait, établi en cours d'instance, que, dans certains Etats membres, notamment aux Pays-Bas mais aussi au Royaume-Uni et en France, une part plus ou moins importante des ventes est réalisée par des détaillants non agréés qui s'approvisionnent sur le marché parallèle. En effet, il n'est pas exclu que l'intérêt des consommateurs pour de telles ventes se soit en partie formé à partir de l'image de luxe au maintien de laquelle la distribution sélective a au moins partiellement contribué. Il ne s'ensuit donc pas que cette image de luxe resterait intacte en l'absence dedistribution sélective.
- 116 Toutefois, s'il est dans l'intérêt du consommateur de pouvoir se procurer des cosmétiques de luxe vendus dans de bonnes conditions de présentation et de voir ainsi préservée leur image de luxe, il est également dans son intérêt qu'un système de distribution fondé sur cette considération ne soit pas appliqué de façon excessivement restrictive et, notamment, que l'accès aux produits ne soit pas limité outre mesure, ainsi que l'ont fait valoir les quatre associations de consommateurs dans leurs observations dans l'affaire Yves Saint Laurent,

produites par la Commission à la demande du Tribunal (voir point 167 ci-après). De même, il résulte de la jurisprudence de la Cour que le système de Givenchy ne peut être considéré comme poursuivant un résultat légitime, de nature à contrebalancer la limitation de la concurrence qui lui est inhérente, que si ce système est ouvert à tous les revendeurs potentiels capables d'assurer une bonne présentation à l'utilisateur, dans un cadre approprié, et de préserver l'image de luxe des produits concernés (voir point 106 ci-dessus). En effet, un système de distribution sélective qui aurait pour conséquence d'exclure certaines formes de commercialisation capables de vendre des produits dans des conditions valorisantes, par exemple dans un emplacement ou un espace adapté, aurait pour seul effet de protéger les formes de commerce existantes de la concurrence des nouveaux opérateurs et ne serait donc pas conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité (voir l'arrêt AEG, points 74 et 75).

- 117 Il s'ensuit que, dans le secteur des cosmétiques de luxe, des critères qualitatifs de sélection des détaillants qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la vente de ces produits dans de bonnes conditions de présentation ne sont pas, en principe, visés par l'article 85, paragraphe 1, du traité, pour autant que ces critères soient objectifs, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués d'une façon non discriminatoire.

B - Sur la question de savoir si les critères de sélection de Givenchy visés au point II.A.5 de la Décision remplissent les conditions requises pour être considérés comme licites au regard de l'article 85, paragraphe 1

2. Sur la licéité de principe des critères en cause au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité

a) Les critères concernant la qualification professionnelle :

125 Dans ses mémoires, le Galec n' a pas contesté les critères concernant la qualification professionnelle du personnel et le service de conseil et de démonstration visés par les points II.3 et II.5 du Contrat (voir point 26 de ses observations sur les mémoires en intervention), mais il a soutenu, à l' audience, que ces critères sont disproportionnés par rapport aux exigences de la vente des produits concernés dans des conditions adéquates.

126 Le Tribunal estime que la présence dans le point de vente d' une personne capable de donner au consommateur des conseils ou des renseignements appropriés constitue en principe une exigence légitime pour la vente des cosmétiques de luxe, qui fait partie intégrante d' une bonne présentation de tels produits. Pour le surplus, le requérant n' a pas apporté d' éléments permettant au Tribunal de statuer sur la question de savoir si les qualifications exigées par le point II.3 du Contrat, à savoir soit un diplôme d' esthétique ou une qualification professionnelle analogue, soit une pratique de la vente en parfumerie pendant trois ans, sont disproportionnées eu égard à la nature des produits concernés.

127 En tout état de cause, il appartient aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de veiller à ce que les stipulations du Contrat concernant la qualification professionnelle ne soient pas appliquées d' une manière discriminatoire ou disproportionnée dans des cas concrets.

b) Les critères concernant la localisation et l' installation du point de vente

128 Les critiques du Galec visent notamment les critères se référant à l' "environnement" du point de vente, à l' apparence extérieure du point de vente, et notamment aux vitrines, et à la vente d' autres marchandises dans le point de vente. Selon le Galec, ces critères sont

trop subjectifs, disproportionnés et discriminatoires à l' égard de ses affiliés.

° "L' environnement" et la localisation du point de vente

129 Le point II.4 du Contrat stipule que "le standing et l' environnement du point de vente de la parfumerie doivent correspondre au prestige de la marque". Selon cette disposition, l' environnement des magasins est apprécié en fonction de l' "environnement extérieur du magasin (magasins voisins et rue)", de la "localisation géographique (centre ville, quartier périphérique, rue commerçante, etc.)" et des "autres commerces de prestige dans le voisinage (bijouteries, magasins de cadeaux, hôtels, restaurants, etc.)". Il ressort de la rubrique "a) Qualité de l' environnement ° quartier ou rue" dans la grille de notation de la fiche d' évaluation de Givenchy qu' un commerce situé dans un quartier ou une rue de bonne renommée, ou à côté de commerces de luxe, est mieux noté qu' un commerce situé dans une banlieue ordinaire. A cette rubrique est aussi accordée la pondération maximale (30 points), soit plus que celle accordée à la qualification professionnelle (20 points).

130 Le Tribunal estime qu' un critère relatif à l' environnement dans lequel est situé un point de vente de cosmétiques de luxe n' est pas en soi visé par l' article 85, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où il a pour objet d' assurer que de tels produits ne soient pas vendus en des lieux totalement inadaptés, comme l' a souligné le représentant de Givenchy à l' audience (voir point 87 ci-dessus). Le Tribunal relève, toutefois, qu' il appartient aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de veiller à ce qu' un tel critère ne soit pas appliqué de façon discriminatoire ou disproportionnée dans des cas concrets.

° L' apparence extérieure du point de vente, et notamment "les vitrines en devanture"

131 Le Galec se plaint des dispositions du Contrat concernant la qualité de la façade ainsi que de la disposition du point II.6 du Contrat selon laquelle le magasin doit comporter "en devanture une ou plusieurs vitrines" qui doivent être présentées "d' une façon conforme aux usages qui régissent la vente de produits de luxe". Dans la fiche d' évaluation, la rubrique b) concernant l' apparence extérieure du point de vente représente un maximum de 30 points (pour une façade "exceptionnellement luxueuse") et la rubrique c) concernant les vitrines représente un maximum de 10 points.

132 Le Tribunal estime que de telles dispositions, et notamment celles concernant les vitrines, se prêtent à une application discriminatoire à l' encontre d' un point de vente ° tel qu' un hypermarché ° qui n' a pas la même façade qu' un commerce traditionnel, notamment une façade comportant des vitrines en devanture, mais qui a aménagé un emplacement ou un espace situé à l' intérieur d' un magasin d' une façon appropriée à la vente des cosmétiques de luxe. En outre, des vitrines en devanture n' apparaissent pas nécessaires pour la bonne présentation des produits dans le contexte d' un emplacement ou d' un espace aménagé à l' intérieur d' un magasin "multiproduits".

133 Toutefois, il ressort de la fiche utilisée lors de l' évaluation de la candidature de la société Rocadis pour le centre Leclerc de Poitiers (voir points 46 et 47 ci-dessus) que les critères du Contrat concernant les vitrines peuvent être interprétés comme se référant aux "vitrines" d' un espace aménagé à l' intérieur d' un point de vente, et non aux vitrines extérieures.

134 Dans ces circonstances, il suffit de constater qu' il appartiendra aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de veiller à ce que les critères concernant l' apparence extérieure du point de vente, y compris ceux concernant les vitrines, ne soient pas appliqués d' une manière discriminatoire ou disproportionnée.

° La vente d' autres marchandises de nature à déprécier l' image de la marque Givenchy

135 Le Galec conteste la licéité du point II.6 du Contrat selon laquelle "l' environnement des autres produits distribués dans le lieu de vente ne doit pas déprécier l' image de la marque Givenchy".

136 Il y a lieu de constater que ni le Contrat ni la fiche d' évaluation ne précisent les produits dont la vente dans le même lieu pourrait être de nature à déprécier l' image de la marque Givenchy. Dans la Décision, la Commission se borne à constater que cette disposition a pour objet de sauvegarder, dans la perception du public, l' aura de prestige et d' exclusivité inhérente aux produits en cause, "en évitant ainsi toute assimilation à des marchandises de qualité inférieure" (point II.A.5, cinquième alinéa).

137 Il convient donc de relever que le point II.6 du Contrat manque de précision et de clarté et se prête à une application subjective et éventuellement discriminatoire.

138 Toutefois, le Tribunal rappelle que la Commission considère qu' un hypermarché ne peut pas être exclu du réseau du seul fait qu' il vend d' autres marchandises (voir point II.A.5, cinquième et sixième alinéas, de la Décision et points 156 et suivants ci-après). En outre, les parties intervenantes n' ont pas identifié les produits dont la distribution serait de nature à déprécier l' "image" des produits, à l' exception des produits d' alimentation ou d' entretien.

139 Dans ces circonstances, le Tribunal considère que la Décision doit être interprétée en ce sens que la vente des autres marchandises typiquement trouvées dans un hypermarché n' est pas en soi de nature à nuire à l' "image de luxe" des produits en cause, pourvu que l' emplacement ou l' espace consacré à la vente des cosmétiques de luxe soit aménagé de façon à ce que ces produits soient présentés dans des conditions valorisantes. Un tel aménagement peut exiger que certains autres produits, tels que les produits d' alimentation ou d' entretien, ne soient pas distribués "à proximité" des cosmétiques de luxe, ou qu' il y ait une séparation adéquate entre la vente des cosmétiques de luxe et la vente d' autres produits de qualité inférieure (voir point II.A.5, cinquième alinéa, de la Décision).

140 A la lumière de ces précisions, le Tribunal estime que le contrôle qui sera exercé, en cas de difficultés, par les juridictions ou autorités nationales compétentes est de nature à contrebalancer le manque de clarté de ce critère. En effet, il leur appartient de veiller à ce que cette disposition ne soit pas appliquée d' une manière discriminatoire ou disproportionnée.

° L' importance des autres activités exercées dans le point de vente

141 A l' appui de la critique qu' il fait, dans la requête, des critères relatifs à l' installation du point de vente et à la vente des autres marchandises, le Galec a mis en cause, à l' audience, la rubrique "m) Activité du magasin" de la partie "Éléments d' appréciation intérieure" de la fiche d' évaluation de Givenchy. Il ressort de cette rubrique, qui reçoit la pondération maximale de 30 points, que si l' activité de parfumerie du magasin est minoritaire par rapport à l' ensemble des autres activités, ou si la parfumerie occupe moins de 50 % des linéaires, le candidat concerné reçoit la note zéro. Le Galec considère que cette rubrique est discriminatoire.

142 Il est vrai que cette rubrique n' est pas mentionnée dans la Décision. Le Tribunal rappelle toutefois que celle-ci constate que les critères de Givenchy concernant l' installation du point de vente et la vente d' autres marchandises, visés au point II.6 du

Contrat, ne relèvent pas de l' article 85, paragraphe 1, du traité (point II.A.5, cinquième et sixième alinéas). Étant donné que la fiche d' évaluation fait partie intégrante dudit point II.6, il s' ensuit que la Décision doit être également interprétée comme décidant qu' un critère tel que celui prévu par la rubrique m) ne relève pas de l' article 85, paragraphe 1, du traité.

143 Bien que, selon la fiche d' évaluation, un candidat ne soit éliminé que s' il obtient quatre zéros sur la totalité des quinze rubriques, la rubrique m) de la fiche d' évaluation n' en contribue pas moins à l' élimination des candidats, tels que les magasins "multiproduits", dont l' activité de parfumerie représente moins de 50 % de leurs activités, et ce même s' ils disposent d' un emplacement spécialisé pour la vente des produits en cause.

144 Dans ces circonstances, le Tribunal estime que la rubrique m) de la fiche d' évaluation doit être considérée comme disproportionnée dans la mesure où le seul fait que l' activité parfumerie d' un magasin représente moins de 50 % de ses activités totales n' a en soi aucun rapport avec l' exigence légitime de la préservation de l' image de luxe des produits concernés.

145 Par ailleurs, le Tribunal estime que la rubrique m) est discriminatoire dans la mesure où elle tend à favoriser la candidature d' une parfumerie spécialisée au détriment de celle d' un magasin "multiproduits" disposant d' un emplacement spécialisé aménagé de manière à satisfaire aux conditions qualitatives appropriées pour la vente des cosmétiques de luxe.

146 Il s' ensuit que cette rubrique est de par sa nature même susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence au sens de l' article 85, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où elle a pour effet de défavoriser un candidat du seul fait que son activité parfum est minoritaire par rapport aux autres activités du magasin.

147 Bien que la fiche d' évaluation fasse partie intégrante des dispositions du point II.6 du Contrat et de la procédure d' accès au réseau Givenchy, force est de constater que le point II.A.5 de la Décision ne contient aucune motivation quant à la justification de la rubrique en cause. La Décision est donc entachée d' un défaut de motivation à cet égard.

148 Il y a ainsi lieu d' annuler la Décision dans la mesure où celle-ci décide qu' une disposition autorisant Givenchy à défavoriser la candidature de distributeurs du seul fait que leur activité de parfumerie est minoritaire n' est pas visée par l' article 85, paragraphe 1, du traité.

c) Le critère de l' enseigne

149 Le Galec critique comme subjective, discriminatoire et disproportionnée la clause II.8 du Contrat qui dispose que "est exclue une enseigne existante ayant construit son image sur une restriction du décor ou des services. Est exclue également une nouvelle enseigne dont la perception par le public implique une restriction du décor ou des services. Il est cependant précisé que la politique de prix habituelle d' une enseigne ne saurait être considérée comme un élément dévalorisant". La Commission et les parties intervenantes considèrent que cette disposition est nécessaire pour préserver le caractère de luxe des produits et l' image de luxe de la marque Givenchy.

150 Le Tribunal estime qu' un critère qui a pour seul objet de veiller à ce que l' enseigne du détaillant ne soit pas de nature à dévaloriser l' image de luxe des cosmétiques de luxe constitue en principe une exigence légitime de la distribution de tels produits et ne relève

donc pas nécessairement de l' article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, il est à craindre que, en l' absence d' un tel critère, l' image de luxe des cosmétiques de luxe, et donc leur nature même, soit atteinte par la vente de ces produits par des détaillants dont l' enseigne est manifestement dévalorisante aux yeux des consommateurs.

151 Toutefois, eu égard au fait que, à la différence des critères qui visent les aspects matériels d' un point de vente, le critère de l' enseigne n' est pas susceptible d' être vérifié par un reportage photographique ou une inspection sur place, il incombe aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de veiller tout particulièrement à ce que ce critère ne soit pas appliqué d' une façon injustifiée ou disproportionnée.

152 En effet, premièrement, ce critère ne peut se référer qu' à la perception actuelle de l' enseigne en cause aux yeux des consommateurs. Il s' ensuit que la première phrase de la clause II.8 du Contrat, selon laquelle "est exclue une enseigne existante ayant construit son image sur une restriction du décor ou des services", ne saurait être interprétée comme excluant des formes modernes de commerce qui se sont fondées, à leurs débuts, sur une restriction du décor ou des services, mais qui ont, depuis lors, développé de nouveaux procédés de valorisation pour la vente des produits de luxe, de sorte que leur enseigne n' est plus considérée comme dévalorisante à cet égard.

153 Deuxièmement, conformément aux principes que le Tribunal vient d' indiquer (voir points 121 et suivants ci-dessus), la perception de l' enseigne en question ne relève pas de la seule discrétion du fabricant mais doit être établie d' une façon aussi objective que possible. En cas de contestation, des éléments de preuve objectifs, tels que des sondages ou des études de marché, devraient, le cas échéant, être soumis à l' appréciation des juridictions ou des autorités nationales compétentes.

154 Troisièmement, comme la défenderesse l' a relevé elle-même, la Décision précise au point II.A.5 que l' image qui découle de la "politique habituelle de prix du distributeur" ne doit pas être considérée comme dévalorisante. En effet, le critère de l' enseigne ne saurait être utilisé à seule fin d' exclure des magasins capables d' offrir les produits à des prix réduits, mais dans des conditions valorisantes.

155 Enfin, le Tribunal estime que le critère de l' enseigne doit être appliqué d' une manière particulièrement prudente lorsqu' il ne fait aucun doute que le détaillant a fait les investissements nécessaires pour satisfaire à toutes les exigences concernant les conditions matérielles de vente (aménagement, séparation des autres articles, personnel qualifié, etc.) et a accepté les obligations de stockage, de chiffre minimal d' achats annuels, de coopération publicitaire, etc. Dans un tel cas, il appartient aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de vérifier que le critère de l' enseigne n' est pas utilisé à seule fin d' exclure du réseau un point de vente apte à vendre les produits concernés, sans qu' il existe de risque réel d' atteinte à l' image de ces derniers.

C ° Sur les moyens et arguments du requérant portant sur la question de savoir si ses affiliés sont exclus a priori du réseau Givenchy et sur l' attitude des consommateurs à cet égard

156 A la lumière de ce qui précède, il convient, à ce stade du raisonnement, d' aborder les moyens et arguments du Galec portant sur la question de savoir si ses affiliés sont exclus a priori du réseau Givenchy par le cumul des critères de sélection et sur l' attitude des consommateurs à cet égard.

157 Le Tribunal rappelle tout d' abord que la Commission a souligné à maintes reprises en cours d' instance que la Décision n' envisage pas l' exclusion a priori des formes

modernes de commerce, telles que les hypermarchés exploités par les centres Leclerc (voir points 71 et 72 ci-dessus). Givenchy, pour sa part, a souligné qu' elle n' avait pas d' a priori à l' encontre des hypermarchés ou d' autres formes modernes de distribution ni à l' encontre des centres Leclerc (voir points 84 et 91 ci-dessus). Les trois autres parties intervenantes, elles aussi, ont fait valoir que la Décision n' exclut pas en soi la forme de distribution opérée par les affiliés du Galec ou d' autres formes modernes de distribution. Au contraire, les parties intervenantes ont notamment fait valoir l' existence, dans plusieurs États membres, de distributeurs agréés "multiproduits" afin de démontrer la nature non restrictive du système Givenchy.

158 Il en résulte qu' aucune des parties n' a fait valoir devant le Tribunal l' inaptitude de principe des hypermarchés ou d' autres formes de distribution "multiproduits" à vendre des cosmétiques de luxe. La Commission et les parties intervenantes admettent que cette possibilité est envisagée par la Décision, pourvu que de tels points de vente soient aménagés de façon appropriée et qu' ils acceptent des obligations équivalentes à celles acceptées par d' autres distributeurs agréés. Le Tribunal estime d' ailleurs que, s' il en était autrement, le réseau Givenchy violerait l' article 85, paragraphe 1, du traité, en excluant a priori une catégorie de revendeurs potentiels du système (voir point 116 ci-dessus).

159 Même si, aux points II.A.5, sixième alinéa, et II.B.5, quatrième alinéa, de la Décision, la Commission s' est exprimée avec une certaine ambiguïté en utilisant l' expression "grands magasins", qui vise normalement une forme de commerce traditionnel, et en soulignant qu' elle "n' a pu constater" que la diffusion des systèmes de distribution sélective dans le domaine des produits cosmétiques de luxe écarte "par principe" certaines formes modernes de distribution, elle a précisé, en cours d' instance, qu' en adoptant la Décision elle n' avait pas l' intention d' exclure des formes de commerce telles que les hypermarchés des affiliés du Galec et que les termes "grands magasins" dans la Décision englobent de telles formes de commerce (voir point 72 ci-dessus).

160 Par ailleurs, le Tribunal a souligné dans le présent arrêt le rôle des juridictions ou autorités nationales compétentes dans l' application non discriminatoire et proportionnée des critères en cause (voir points 121 et suivants ci-dessus).

161 Il en résulte que le requérant n' a pas établi à suffisance de droit qu' il existe actuellement des barrières à l' entrée de la grande distribution dans la distribution des cosmétiques de luxe, pourvu que ses points de vente soient adaptés d' une façon appropriée à la vente de tels produits.

162 En effet, il appartient au Galec ou à ses affiliés de poser leur candidature et, le cas échéant, aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de décider si un refus d' adhésion dans un cas concret est compatible avec l' article 85, paragraphe 1, du traité, à la lumière de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal. Par ailleurs, il appartient à la Commission de veiller, notamment en cas de demande de renouvellement de la Décision, à ce que les formes modernes de distribution ne soient pas exclues du réseau Givenchy ou de réseaux semblables d' une manière injustifiée.

163 Il en résulte que l' allégation du Galec, selon laquelle ses affiliés sont exclus a priori du réseau Givenchy, doit être rejetée.

164 Il convient de rejeter également les moyens et/ou arguments du Galec selon lesquels la Commission n' a pas motivé son affirmation que les critères qualitatifs énoncés dans la Décision sont les seuls inhérents à la sélectivité des parfums de luxe et/ou que les procédés de valorisation propres à la grande distribution sont inadéquats pour leur

distribution. En effet, la Décision ne peut être interprétée comme contenant une telle affirmation.

165 Pour les mêmes raisons, l' allégation du Galec selon laquelle la Commission a commis une erreur manifeste de fait quant à la prétendue exclusion de la grande distribution de la commercialisation des produits en cause doit être rejetée.

166 Pour les mêmes raisons encore, il convient de rejeter le double reproche fait par le Galec à la Commission de ne pas avoir justifié ses affirmations quant à la motivation du consommateur et d' avoir commis une erreur manifeste de fait sur ce point.

167 A cet égard, il est vrai que la Commission ne s' est pas fondée sur une expertise indépendante de nature à étayer ses affirmations relatives aux motivations du consommateur, notamment au point II.B.3 de la Décision. Il est également vrai, comme le Galec l' a affirmé à l' audience, que les quatre associations françaises de consommateurs qui ont soumis des observations pendant la procédure administrative préalable à l' adoption de la décision Yves Saint Laurent, à savoir l' Union féminine civique et sociale (UCS), l' Institut national de la consommation (INC), la Confédération syndicale du cadre de vie (CSCV) et la Confédération des familles (CSF), n' ont pas soutenu sans réserve la position adoptée par la Commission. En effet, la CSF et l' INC ont fait état de leur opposition à la décision proposée, au motif notamment que celle-ci aurait pour effet de maintenir des prix trop élevés et d' écarter de l' accès à ces produits une partie importante de la population. L' UCS, quant à elle, a fait valoir que certaines des dispositions en cause tendaient à rendre plus difficile qu' avant la venue sur le marché de nouvelles formes de distribution et que ces dispositions "ne vont pas dans le sens de l' ouverture et de l' exercice d' une meilleure concurrence dans le cadre du marché unique, ni dans le sens de l' intérêt des consommateurs". La CSCV, pour sa part, a conclu ses observations en faisant remarquer que, "sous couvert d' une technicité de leurs produits et du prestige d' une marque, la SA Yves Saint Laurent restreint par des critères de sélection discriminatoires la concurrence et maintient fictivement un prix très élevé pour ses produits".

(…)

CJCE, 13 janvier 1994

1 Par ordonnance du 22 septembre 1992, parvenue à la Cour le 12 octobre suivant, l' Oberlandesgericht Duesseldorf a posé, en application de l' article 177 du traité CEE, une question préjudicielle relative à l' "étanchéité" d' un système de distribution sélective comme condition de sa validité au regard de l' article 85 du traité CEE.

2 Cette question a été posée dans le cadre d' une action intentée par la société Metro contre la société Cartier en vue de faire constater que cette dernière était tenue de fournir gratuitement sa garantie aux montres Cartier qu' elle mettait en vente.

3 Metro SB-Grossmaerkte GmbH (ci-après "Metro"), société établie à Duesseldorf, est la filiale du groupe Metro qui exploite, en République fédérale d' Allemagne et dans d' autres États européens, un grand nombre d' entreprises de commerce de gros en libre service organisées selon le principe "cash and carry".

4 Cartier SA (cette société et le groupe Cartier seront dénommés ci-après "Cartier"), société établie à Paris, est la filiale de distribution de la société Cartier Monde, dont le siège est à Luxembourg et qui dispose, dans de nombreux pays, d' entreprises de distribution analogues. Les produits Cartier sont généralement considérés comme des produits de luxe.

5 Cartier ne fabrique pas elle-même les montres mais se les procure auprès d' un fabricant établi en Suisse. Elle les commercialise par un réseau de distribution sélective. A l' intérieur du marché commun, ce réseau repose sur des contrats conclus, dans les différents États membres, par les filiales de Cartier ou, à défaut, par des importateurs grossistes choisis par la société mère, avec des détaillants, dénommés "concessionnaires", sélectionnés selon des critères qualitatifs. Ces contrats de distribution sont établis sur la base d' un contrat type.

6 Ce contrat type a été notifié en 1983 à la Commission, qui a examiné sa compatibilité avec l' article 85, paragraphe 1, du traité et en a critiqué certaines clauses. Cartier ayant supprimé ces clauses et transmis un contrat modifié à la Commission, celle-ci lui a fait savoir, par une lettre administrative du 21 décembre 1988, que l' affaire pouvait être classée.

7 Aux termes de ce contrat, Cartier s' engage à n' approvisionner en produits de sa marque, à l' intérieur de la Communauté, que des distributeurs agréés. En contrepartie, ces derniers s' engagent à ne vendre ces produits à l' intérieur de la Communauté qu' aux consommateurs finals, ou encore à d' autres distributeurs agréés qui y sont établis.

8 Metro n' appartient pas au réseau des concessionnaires Cartier. Elle parvient cependant, depuis plusieurs années, à se procurer des montres Cartier sur le marché d' États tiers tels que la Suisse où le système de distribution sélective de Cartier comporte certaines failles. Les montres y sont achetées par Metro auprès d' intermédiaires commerciaux indépendants qui, eux-mêmes, se fournissent, semble-t-il, auprès de concessionnaires, membres du réseau international Cartier, lesquels ne peuvent, en vertu du droit helvétique, se voir imposer de ne revendre qu' à des concessionnaires Cartier agréés. Les montres ainsi acquises sont ensuite revendues par Metro à l' intérieur du marché commun.

9 Les montres Cartier sont vendues avec une garantie du fabricant. Celle-ci se présente sous la forme d' un certificat qui doit être rempli au moment de l' achat. En exécution d' une clause figurant dans le texte de la garantie internationale accompagnant chaque montre, Cartier fait dépendre sa promesse de garantie de l' apposition, sur le certificat, du cachet et de la signature d' un concessionnaire Cartier agréé.

10 Cartier a cependant, pendant un certain temps, exécuté des prestations de garantie pour des montres vendues par Metro. Depuis 1984, elle refuse absolument d' assurer gratuitement sa garantie aux montres qui n' ont pas été acquises auprès de ses distributeurs agréés. Metro a dès lors décidé d' organiser son propre système de garantie, ce qui constitue pour elle une charge financière considérable.

11 Estimant que la limitation de la garantie était incompatible avec l' article 85, paragraphe 1, du traité, Metro a, en 1984, porté devant le Landgericht Duesseldorf une demande visant à faire constater l' obligation, pour Cartier, d' accorder sa garantie aux montres Cartier qui sont accompagnées d' un certificat de garantie rempli et signé par Metro.

12 En première instance, le Landgericht Duesseldorf a rejeté comme non fondée l' action en constatation introduite par Metro.

13 Appel de ce jugement a été interjeté devant l' Oberlandesgericht Duesseldorf (ci-après l' "OLG") qui a confirmé ce rejet. Il a notamment considéré comme dénuée de pertinence la question de savoir si la limitation de la garantie de Cartier était contraire à l' article 85 du traité.

14 Le 10 novembre 1987, le Bundesgerichtshof (ci-après le "BGH") a cassé ce jugement, au motif que l' OLG avait procédé à une clarification insuffisante des faits. Il a notamment précisé que la question de la légalité du système de distribution sélective Cartier ne pouvait rester sans réponse. Selon le BGH, si le système de garantie Cartier n' était pas intégré dans un système licite de distribution sélective mais se présentait de façon isolée, il enfreindrait, en effet, l' article 85, paragraphe 1, du traité.

15 Lors de la deuxième procédure devant la juridiction d' appel, l' OLG a fait droit à l' action en constatation introduite par Metro. L' OLG s' est prononcé à cette occasion sur certaines clauses du contrat type de distribution qui, selon lui, feraient dépendre les livraisons croisées entre détaillants agréés, qu' elles aient lieu à l' intérieur d' un même État ou qu' elles aient un caractère transfrontalier, d' une autorisation spéciale consentie par les filiales de Cartier. Il a considéré que, en raison de ces clauses, le système de distribution sélective Cartier enfreignait l' article 85, paragraphe 1, du traité. Le système de distribution sélective Cartier étant à ses yeux illicite, l' OLG a estimé que la limitation de la garantie Cartier ne pouvait pas non plus être justifiée.

16 Dans le cadre d' un nouveau pourvoi en révision, le BGH a, le 19 décembre 1989, cassé ce deuxième arrêt de l' OLG. Il a, en effet, estimé que l' interprétation qu' il donnait des clauses relatives aux livraisons croisées entre détaillants agréés était erronée et que les clauses litigieuses ne constituaient pas une infraction à l' article 85, paragraphe 1, du traité. Le BGH a, par ailleurs, souligné que la limitation de la garantie Cartier résultait d' un engagement contractuel de Cartier à l' égard de ses revendeurs et entrait donc dans le champ de l' article 85, paragraphe 1, du traité. Enfin et surtout, il a précisé que la limitation de la garantie n' était admissible que pour autant que le système de distribution sélective des montres Cartier dans le marché commun présente un caractère "étanche" (lueckenlos). En conséquence, le BGH a renvoyé l' affaire devant l' OLG pour que celui-ci détermine si Cartier dispose ou non d' un système "étanche" de distribution sélective dans le marché commun.

17 Lors de la troisième procédure en appel devant l' OLG, le débat a alors porté essentiellement sur le caractère "étanche" ou non du système de distribution Cartier. Dans son ordonnance de renvoi, l' OLG part de l' hypothèse que, dans les pays tiers, il n' existe pas un système de distribution sélective qui soit garanti contractuellement et que l' on fasse respecter

en pratique, et que, dès lors, les montres Cartier peuvent arriver légalement en grande quantité sur le territoire du marché commun où Metro peut les vendre librement. Selon l' OLG, si l' on conclut, ainsi qu' il paraît devoir découler de l' arrêt du BGH, que le fait que les tiers se procurent effectivement la marchandise et l' écoulent ensuite librement, et même le seul fait qu' ils puissent se livrer à pareille activité, suffit à entraîner la caducité du système, il conviendrait ou, à tout le moins, il serait possible de faire droit à la demande de Metro. En revanche, à supposer que n' aient pas d' importance décisive les importations à partir de pays tiers où le système de distribution ne présente pas un caractère "étanche" sur le plan théorique ou, tout au moins, sur le plan pratique, l' action de Metro devra être rejetée si le système contractuel de Cartier est conforme, du point de vue de la sélection des concessionnaires, aux principes formulés par la Commission et la Cour de justice des Communautés européennes, ce qui ne paraît guère douteux à l' OLG.

18 Par ordonnance du 22 septembre 1992, l' OLG s' est demandé si l' "étanchéité" du système dans les pays extérieurs à la Communauté conditionnait la validité du système de distribution sélective dans la CEE et a, par conséquent, saisi la Cour de la question préjudicielle suivante:

"L' inapplicabilité de l' article 85, paragraphes 1 et 2, du traité CEE à un système de distribution sélective pour la CEE de produits de prestige (montres de la catégorie de prix supérieure et de la catégorie luxe) est-elle remise en cause pour la raison que, dans les États n' appartenant pas à la Communauté européenne, des clauses contractuelles similaires ne prévoient pas de système de distribution sélective, ou ne prévoient qu' un système imparfait de distribution sélective, de sorte que les marchandises relevant dans la CEE de ce système peuvent y être acquises librement et introduites légalement sur le marché commun par des tiers étrangers au système?"

19 Ainsi que le souligne la Commission, ce n' est qu' en prenant en considération le droit allemand que l' on peut comprendre pourquoi la juridiction de renvoi se demande si l' "étanchéité" d' un système de distribution sélective à l' échelle mondiale est une condition de validité, au regard du droit communautaire, du système de distribution sélective mis en place dans la Communauté.

20 Le concept d' "étanchéité" a été développé en République fédérale d' Allemagne dans le cadre d' actions en concurrence déloyale (actions en cessation ou en dommages et intérêts) dirigées contre des tiers qui commercialisent des produits couverts par une concession de vente exclusive, ou qui vendent à des prix inférieurs aux prix contractuellement imposés par le fabricant. Il a ensuite été étendu au cas d' actions intentées contre des tiers à un système de distribution sélective.

21 L' "étanchéité" (Lueckenlosigkeit) d' un système de distribution sélective signifie qu' un distributeur non agréé ne peut se procurer les marchandises qui sont soumises à ce système qu' en participant à la violation par un distributeur agréé de ses engagements contractuels. L' "étanchéité" doit être à la fois théorique et pratique. L' "étanchéité" théorique suppose que le fabricant ait conclu, avec les distributeurs qu' il a sélectionnés, un ensemble de contrats qui assurent que les produits soumis à distribution sélective ne parviendront aux consommateurs que par l' intermédiaire de distributeurs agréés. Quant à l' "étanchéité" pratique, elle implique que le fabricant prouve qu' il fait respecter son système en agissant contre ses partenaires infidèles ou contre les tiers qui se procureraient les marchandises auprès de distributeurs violant leurs obligations contractuelles.

22 Cette théorie a d' abord une importance sur le plan de l' administration de la preuve. Dès

lors qu' il prouve l' "étanchéité" théorique et pratique de son système de distribution, le fabricant qui agit contre des tiers qu' il accuse de concurrence déloyale bénéficie d' un renversement de la charge de la preuve: les tiers sont alors présumés agir de manière déloyale puisqu' ils ne peuvent s' être procuré les marchandises litigieuses que par des voies détournées, en incitant un distributeur agréé à commettre une rupture de contrat ou en exploitant simplement une telle rupture.

23 L' "étanchéité" a ensuite une portée de nature substantielle. Elle conditionne en effet en droit allemand la possibilité de mettre en oeuvre le système de distribution sélective à l' égard de ceux qui ont souscrit des engagements contractuels. Ce n' est que si le système est "étanche" que le fabricant peut agir contre le distributeur agréé pour le contraindre à respecter ses engagements contractuels. Si le défaut d' "étanchéité" du système entraîne, pour les distributeurs agréés, la concurrence de distributeurs libres, le fabricant ne pourra plus faire respecter les contrats par les membres de son réseau.

24 En réponse à la question préjudicielle ainsi replacée dans son contexte, il convient de souligner d' abord que le concept d' "étanchéité" a été développé dans le cadre des actions en concurrence déloyale dirigées contre des tiers à des accords de concession exclusive de vente, à des accords de prix imposés, ou à des accords mettant en place un système de distribution sélective. Dans ces procès en concurrence déloyale, la validité du contrat au regard de l' article 85 du traité se présente comme une question préalable. Un fabricant ne peut, en effet, reprocher à un tiers de s' être associé à la violation d' un engagement contractuel que si ce dernier est lui-même valide au regard de l' article 85 du traité. Cela n' implique pas qu' il faille, en sens inverse, pour porter un jugement sur la légalité d' un accord au regard de l' article 85 du traité, se soucier de savoir si les conditions sont remplies pour que cet accord puisse être opposé à des tiers par le jeu d' une action en concurrence déloyale.

25 Ensuite, l' application de l' interdiction des ententes édictée par le droit communautaire ne saurait dépendre d' une condition particulière à un système national. Or, comme la Commission l' a relevé à juste titre, la condition de l' "étanchéité" qui a été dégagée en droit allemand est inconnue des droits de presque tous les autres États membres. Par exemple, la Cour de cassation française a jugé que le fait, pour un intermédiaire non agréé, de mettre en vente des produits dont le conditionnement portait la mention "vente exclusive par des distributeurs agréés" constitue en lui-même un acte de concurrence déloyale (Cour de cassation française, chambre commerciale, arrêt Rochas, 27 octobre 1992, Dalloz 1992, jurisprudence 505). Il n' est donc même pas nécessaire en droit français de prouver que le commerçant non agréé a été approvisionné par un distributeur agréé infidèle et a participé à la violation par celui-ci de ses engagements contractuels.

26 En outre, ainsi que l' a bien vu la Commission, subordonner la validité d' un système de distribution sélective au regard de l' article 85, paragraphe 1, du traité à son "étanchéité" aurait pour résultat paradoxal que les systèmes de distribution les plus rigides et les plus fermés seraient traités plus favorablement, au regard de l' article 85, paragraphe 1, du traité, que des systèmes de distribution plus souples et plus ouverts au commerce parallèle.

27 Enfin, la reconnaissance de la validité d' un réseau de distribution sélective dans le marché commun ne peut pas dépendre de la capacité qu' aurait le fabricant à réaliser partout l' "étanchéité" du réseau alors même que la législation de certains États tiers peut faire obstacle à la réalisation de cet objectif ou même empêcher de l' atteindre.

28 De ces observations, il résulte que l' "étanchéité" d' un système de distribution sélective n'

est pas une condition de sa validité au regard du droit communautaire.

29 Au vu de l' ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la juridiction de renvoi que l' inapplicabilité de l' article 85, paragraphes 1 et 2, du traité, à un système de distribution sélective pour la CEE de produits de prestige (montres de la catégorie de prix supérieure et de la catégorie luxe) n' est pas remise en cause pour la raison que, dans les États n' appartenant pas à la Communauté européenne, des clauses contractuelles similaires ne prévoient pas de système de distribution sélective, ou ne prévoient qu' un système imparfait de distribution sélective, de sorte que les marchandises relevant dans la CEE de ce système peuvent y être acquises librement et introduites légalement sur le marché commun par des tiers étrangers au système.

30 Ainsi qu' il a été relevé ci-dessus (voir le point 17), l' OLG a, dans son ordonnance de renvoi, fait apparaître qu' une réponse sur le problème de l' "étanchéité" lui permettrait de trancher le litige pendant devant lui. Au cas où la "non-étanchéité" du système le rendrait invalide au regard de l' article 85 du traité, la limitation de la garantie serait illicite et l' action intentée par Metro devrait, selon lui, être déclarée fondée. En revanche, si la "non-étanchéité" n' avait pas cette conséquence, la limitation de la garantie serait licite et l' action intentée par Metro devrait être rejetée.

31 La réponse à la question préjudicielle ayant fait ressortir que l' "étanchéité" du système de distribution sélective n' est pas la condition de la validité du système, il convient encore d' examiner à quelles conditions la limitation de la garantie aux montres acquises auprès de distributeurs agréés peut être considérée comme licite au regard de l' article 85 du traité. Metro l' ayant invité par lettre à préciser en ce sens sa question préjudicielle, l' OLG a expliqué dans une ordonnance du 9 novembre 1992 que "cette question (constituait) déjà l' objet de l' ordonnance de renvoi". Devant la Cour, cette question a été longuement débattue par les parties tant dans leurs observations écrites que lors de la procédure orale.

32 A cet égard, il convient d' observer qu' un engagement contractuel de limiter la garantie aux commerçants du réseau et de la refuser aux marchandises écoulées par les tiers aboutit au même résultat et produit le même effet que des clauses contractuelles réservant la vente aux membres du réseau. Comme ces clauses contractuelles, la limitation de la garantie est un moyen pour le fabricant d' empêcher que les tiers au réseau ne se livrent au commerce des produits couverts par le système.

33 Dès lors que sont licites les clauses contractuelles par lesquelles le fabricant s' oblige à ne vendre que par l' intermédiaire de distributeurs agréés et par lesquelles ces commerçants agréés s' engagent eux-mêmes à ne revendre qu' à d' autres commerçants agréés ou à des consommateurs, il n' y a pas de raison de soumettre à un traitement plus sévère le régime de limitation contractuelle de la garantie aux produits vendus par l' intermédiaire des distributeurs agréés. Au regard de l' article 85 du traité, seuls comptent l' objet de cette limitation et l' effet qu' elle produit.

34 Aussi est-il nécessaire de préciser, eu égard au problème posé devant la juridiction nationale que, dès lors qu' un système de distribution sélective satisfait aux critères de validité de l' article 85 du traité, tels qu' ils ont été précisés par la jurisprudence (voir arrêt du 11 décembre 1980, L' Oréal, 31/80, Rec. p. 3775), il y a lieu de considérer comme valide également la limitation de la garantie du fabricant aux produits contractuels acquis auprès des distributeurs agréés.

Décisions sur les dépenses

35 es frais exposés par le gouvernement hellénique, le gouvernement français et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l' objet d' un remboursement. La procédure revêtant, à l' égard des parties au principal, le caractère d' un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Dispositif

Par ces motifs, LA COUR (cinquième chambre), statuant sur la question à elle soumise par l' Oberlandesgericht Duesseldorf, par ordonnance du 22 septembre 1992, dit pour droit:

1) L' inapplicabilité de l' article 85, paragraphes 1 et 2, du traité CEE à un système de distribution sélective pour la CEE de produits de prestige (montres de la catégorie de prix supérieure et de la catégorie luxe) n' est pas remise en cause pour la raison que, dans les États n' appartenant pas à la Communauté européenne, des clauses contractuelles similaires ne prévoient pas de système de distribution sélective, ou ne prévoient qu' un système imparfait de distribution sélective, de sorte que les marchandises relevant dans la CEE de ce système peuvent y être acquises librement et introduites légalement sur le marché commun par des tiers étrangers au système.

2) Dès lors qu' un système de distribution sélective satisfait aux critères de validité de l' article 85 du traité CEE, tels qu' ils ont été précisés par la jurisprudence de la Cour, il y a lieu de considérer comme valide également la limitation de la garantie du fabricant aux produits contractuels acquis auprès des distributeurs agréés.

Cass. Com., 1er juillet 2003

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Pau, 11 mai 1999), que la société Anaïs exploite des fonds de commerce de parfumerie à Pau et à Tarbes ; que se plaignant de la concurrence déloyale qu'auraient exercée la société Marie-Jeanne Godard (MJG), qui exploite un fonds de commerce de parfumerie à cette enseigne à Tarbes, et la société MJG Béarn, qui exploite un fonds de commerce de parfumerie à cette enseigne à Pau, en ne respectant pas les clauses des contrats de distribution sélective auxquelles elles sont soumises, et en se rendant coupables de pratiques de publicité trompeuse et de dénigrement, la société Anais a assigné les sociétés MJG et MJG Béarn en réparation de son préjudice ;
Sur le pourvoi principal :
Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :
Attendu que la société MJG et la société Beauté parfums, venant aux droits de la société MJG Béarn, font grief à l'arrêt d'avoir dit que les sociétés MJG et MJG Béarn se sont rendues coupables d'actes de concurrence déloyale à l'égard de la société Anaïs et de les avoir condamnées chacune à payer la somme de 500 000 F à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :
1) qu'aux termes de l'article 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; que l'inexécution, par un distributeur, d'obligations contractuelle stipulées dans l'intérêt du fabricant afin de préserver l'image de la marque, n'est pas en elle-même de nature à engager la responsabilité délictuelle de ce distributeur envers d'autres distributeurs, tiers au contrat, si bien qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé

les articles 1165 et 1382 du Code civil ;
2) qu'en retenant que les sociétés MJG et MJG Béarn avaient commis des fautes délictuelles consistant en l'inexécution d'obligations contractuelles résultant de "l'ensemble des contrats de distribution sélective liant les parties à de grandes marques de cosmétiques de luxe", sans procéder à une analyse concrète des clauses de chacun des contrats invoqués et des conditions dans lesquelles ils étaient exécutés, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs d'ordre général, violant ainsi l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;
Mais attendu qu'en énonçant que l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle, et en retenant que telle est la situation de la société Anaïs, qui fonde son action en concurrence déloyale sur le non-respect par les sociétés mises en cause, des obligations que leur imposent les contrats de distribution sélective qu'elles ont signés les unes et les autres, et sur les avantages qu'elles en tirent, notamment en terme d'économies d'exploitation, leur permettant ainsi de réduire, de manière déloyale à son égard, leurs prix de vente des produits distribués dans le cadre de ces réseaux sélectifs, la cour d'appel, qui a motivé sa décision sur le droit pour la société Anaïs d'invoquer la violation prétendue de leurs obligations contractuelles par ses concurrentes, a statué à bon droit ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;
Sur le deuxième moyen, pris en ses quatre branches :
Attendu que la société MJG et la société Beauté parfums font encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :
1) qu'en statuant ainsi, par une affirmation générale, sans préciser en quoi une forme de distribution permettant le libre accès au produit était incompatible avec l'exigence de mise à la disposition de la clientèle d'un service de conseil et de démonstration suffisant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil, de l'article 85 du Traité CEE et de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;
2) qu'en se déterminant par un motif général sans préciser la nature et les caractéristiques des produits dont la vente était reprochée aux sociétés MJG Béarn et MJG, ni en quoi ils étaient susceptibles de déprécier l'image des produits cosmétiques de luxe, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile et de l'article 1382 du Code civil ;

3) que le tribunal de première instance des communautés européennes a jugé que la vente d'autres produits n'est pas en soi de nature à nuire à l'image des produits cosmétiques de luxe pourvu que l'espace consacré à la vente de ces derniers soit aménagé de façon à ce qu'ils soient présentés dans des conditions valorisantes, si bien qu'en statuant comme elle l'a fait, par un motif général, sans préciser en quoi la présentation des produits cosmétiques de luxe dans les magasins exploités par les sociétés MJG Béarn et MJG n'était pas valorisante, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 85 du Traité CEE, de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et de l'article 1382 du Code civil ;

4) qu'en se déterminant par un motif général, sans préciser en quoi et dans quelle mesure le personnel des sociétés MJG Béarn et MJG ne remplissait pas les conditions posées par les contrats, ni sur quels éléments de preuve elle se fondait, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que l'examen des procès-verbaux de constat versés aux débats révèle que les sociétés MJG et MJG Béarn présentent dans leurs points de vente, à proximité immédiate et sans séparation physique des produits de luxe, des produits dits "food" relevant même pour certains des rayons "bazar" des grandes surfaces de distribution ; que l'arrêt estime que les marques de cosmétiques de prestige ne peuvent être que dépréciées par leur voisinage immédiat avec des produits disponibles dans tout magasin populaire et sans rapport avec l'image de luxe qu'elles entendent représenter et préserver ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, en second lieu, qu'en l'état des conclusions des sociétés MJG et MJG Béarn ayant seulement fait valoir que la qualité de leur personnel avait été reconnue par l'attribution de récompenses professionnelles, l'arrêt qui retient qu'il ne peut qu'être constaté que ces sociétés n'ont pas respecté leurs obligations contractuelles leur imposant, dans des termes quasiment identiques, de recruter un personnel ayant une formation sanctionnée par des diplômes précisément définis ou par une expérience professionnelle d'une durée minimum, n'encourt pas le grief de la quatrième branche du moyen ;

Qu'il suit de là que non fondé en ses deuxième, troisième et quatrième branches, le moyen, qui critique en sa première branche des motifs inopérants, mais surabondants, en l'état des autres manquements établis à la charge des sociétés MJG et MJG Béarn, ne peut être accueilli ;

Sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est encore fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1) qu'en se déterminant par de tels motifs inintelligibles, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

2) qu'en se déterminant par de tels motifs, la cour d'appel n'a pas caractérisé les actes de concurrence déloyale engageant la responsabilité des sociétés MJG Béarn et MJG, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt constate que la société Anaïs fait grief aux sociétés MJG et MJG Béarn de pratiquer une publicité comparative illicite et mensongère, en faisant valoir qu'elles vendent "moins cher que le moins cher", alors que la preuve est rapportée qu'elles proposent 357 références de produits dits "food", à des prix plus élevés que ceux des magasins de grande surface locaux, et en proposant, au titre d'une garantie de prix bas", de "rembourser la différence au client qui trouve le même produit moins cher chez un détaillant de la même ville" ;

que l'arrêt relève que les sociétés MJG et MJG Béarn font plaider que la part des produits dits "food" vendus par elles à un prix plus élevé que les autres commerçants locaux, est tout à fait marginale comme ne représentant que 3 et 4 % du chiffre d'affaires de leurs deux points de vente, et ne peut dès lors avoir aucune répercussion significative sur leur politique de prix des produits de luxe ; que l'arrêt en déduit que les sociétés MJG et MJG Béarn tentent bien, par

une politique publicitaire simpliste, de faire admettre aux consommateurs l'idée qu'elles vendent tous leurs produits à des prix moins chers que ceux de leurs concurrents de la place, alors qu'elles développent par ailleurs, sachant que leur publicité ne peut refléter la réalité, une "garantie de prix bas", par laquelle elles font reposer, sur leurs clients, l'obligation qu'elles se sont imposées à elles-mêmes publiquement, d'assurer le prix le plus bas sur tous leurs produits ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il ressort que les sociétés MJG et MJG Béarn effectuaient une publicité trompeuse, la cour d'appel, qui a décidé que ces pratiques publicitaires sont incontestablement déloyales à l'égard des concurrents directs de ces sociétés comme ayant pour but de détourner, avec de faux arguments, la clientèle qui leur est commune, a légalement justifié sa décision qu'elle a motivée ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que la société Anaïs fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à la réparation du préjudice résultant pour elle des faits de dénigrement commis par la société MJG, alors, selon le moyen, qu'un acte de dénigrement cause nécessairement un préjudice, au moins moral, à la personne qui en est victime ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui n'a nullement écarté la réalité des faits de dénigrement commis par la société MJG auprès des fournisseurs au moyen d'une lettre circulaire, a néanmoins affirmé que la société Anaïs ne justifiait pas du préjudice en résultant ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt constate que la société Anais ne justifie pas des conséquences de la lettre circulaire constitutive de dénigrement invoquée au soutien de sa demande en réparation, et estime qu'il aurait été utile pour la cour d'appel de connaître la teneur des courriers que ses fournisseurs ont pu lui adresser à ce sujet, afin d'apprécier le préjudice allégué à concurrence de 600 000 francs ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a seulement relevé que la société Anaïs, à laquelle incombait la charge de la preuve, ne l'avait pas mise en mesure d'apprécier l'étendue du préjudice causé par le dénigrement, a pu statuer comme elle a fait ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois principal et incident ;

Condamne les sociétés MJG et Beauté et parfums d'une part, et Anaïs d'autre part, aux dépens de leur pourvoi respectif ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne les sociétés MJG et Beauté et parfums à payer à la société Anaïs la somme de 1 800 euros ;

CA Colmar, 24 juin 2008

Vu la requête présentée le 15 octobre 2007 par la société Puma France en vue d'être autorisée à assigner la société Overstock en dehors des audiences habituelles en référé ;

Vu l'ordonnance du 16 octobre 2007 qui a fait droit à cette requête ;

Vu l'assignation délivrée le 17 octobre 2007 par la société Puma France à la société Overstock aux fins de lui faire interdire sous astreinte la commercialisation de produits Puma en violation du réseau de distribution exclusive de cette société, et aux fins d'obtenir une provision à valoir sur la réparation de son préjudice ainsi que diverses mesures de publicité ;

Vu l'ordonnance du 8 janvier 2008 du juge des référés du tribunal de grande instance de Strasbourg, qui a fait droit généralement aux demandes de la société Puma France, au motif essentiel que le réseau de distribution exclusive de cette société était manifestement licite, et qui a condamné sous astreinte la société Overstock à cesser de commercialiser les produits Puma ainsi qu'à lui payer une provision de 15 000 €, en ordonnant diverses mesures de publicité ainsi que la communication de l'état des stocks de la société Overstock aux dates du 16 janvier 2007 et du 12 septembre 2007 ;

Vu l'appel relevé contre cette ordonnance le 7 février 2008 la société Overstock, dans des conditions de recevabilité non contestées, en l'absence de justification de sa signification ;

Vu ses conclusions d'appel du 2 mai 2008, destinées à obtenir l'infirmation de l'ordonnance entreprise, aux motifs essentiels que la licéité du réseau de distribution exclusive Puma ne serait pas établie, notamment eu égard à la part de marché de cette société et à la nécessaire étanchéité de son réseau et qu'elle justifierait d'un approvisionnement régulier auprès de diverses sociétés, elles-mêmes fournies par la société Puma Italie ;

Vu ses demandes présentées au résultat de cette argumentation, destinées à obtenir 100 000 € de dommages-intérêts au titre de l'exécution dommageable de l'ordonnance entreprise, ainsi que 5000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du ncpc ;

Vu les conclusions déposées le 9 mai 2008 par la société Puma France, en vue d'obtenir généralement le confirmation de l'ordonnance entreprise, sauf à retenir par voie d'appel incident un certain nombre de moyens écartés par le premier juge, relativement à la présentation dévalorisante des produits, à l'usurpation de la qualité de distributeur agréé, à l'usurpation du nom commercial Puma et à la pratique de prix illicites, et à porter à 100 000 € la provision à valoir sur la réparation de son préjudice ;

Attendu que cette cour rappelle que la société Puma France poursuit la société Overstock pour avoir violé son réseau de distribution exclusive, en procédant à des ventes sur internet constatées notamment le 16 janvier 2007 et le 12 septembre 2007 ;

Attendu que, comme la cour l'a également fait observer dans le dossier connexe Puma c/ Brandalley, l'action en référé de la société Puma France était anormalement alourdie par la production d'un nombre très important de pièces, d'une cinquantaine de centimètres d'épaisseur au total dans les deux affaires ;

Qu'une telle méthode parait révélatrice d'une certaine difficulté à prouver, alors qu'un trouble manifestement illicite est par nature évident ;

Attendu qu'au fond, la société Overstock, qui vend des produits sur internet, n'établit pas précisément l'origine de son approvisionnement, mais établit cependant un certain nombre d'achats auprès d'un société Fymex, approvisionnée par une société Caravelle en Italie, laquelle se fournit auprès de la société Puma Italie ;

Attendu que cela est insuffisant pour établir précisément l'origine de tout l'approvisionnement en partie non critiquable, et apporte en conséquence un doute tant sur la légitimité de l'action

de la société Puma France que sur l'étanchéité de son réseau ;

Attendu qu'en ce qui concerne la licéité du réseau de distribution exclusive de la société Puma France, cette cour rappelle qu'il appartient à celle-ci de l'établir conformément à l'article 2 du règlement 2003 du Conseil de l'Union Européenne du 16 décembre 2002 ;

Attendu que la licéité de ce réseau n'apparaît pas comme manifeste, notamment eu égard à la part de marché de la société Puma France, laquelle ne doit pas dépasser 30 % pour lui conserver le bénéfice de l'exemption légale accordée par ce règlement ;

Attendu que la société Puma France a invoqué une part de 4% du groupe Puma sur le marché mondial ; qu'il faut cependant connaître en 2007 la part de la société Puma France sur le marché français, ou si cette société était reconnue comme faisant partie d'une unité économique indivisible, la part du groupe Puma sur le marché européen, en dehors duquel les règles européennes n'étaient pas applicables ;

Attendu qu'une autre objection contre la licéité du réseau exclusif de la société Puma France vient de ses problèmes d'étanchéité juridique ;

Attendu en effet que l'article 4.2 des contrats de distribution exclusive passés en 2005 réservait à la société Puma France la possibilité de déstocker des produits invendus auprès de soldeurs professionnels ;

Attendu que les conditions de la société Puma France en 2007 n'ont que légèrement modifié la formulation de cette possibilité, apparemment à la seule fin de rendre moins apparent le défaut d'étanchéité juridique, sans rien modifier substantiellement pour autant ;

Attendu que l'observation de la société Puma France apparaît comme obscure et incompréhensible, lorsqu'elle indique que cette possibilité ne concerne que des produits des saisons antérieures vendus à des consommateurs directement ou indirectement, mais en aucun cas mis dans un circuit de commercialisation ;

Qu'il parait bien y avoir là un non-sens résultant de propositions contradictoires ;

Attendu que le problème du défaut d'étanchéité juridique du réseau de la société Puma France se trouve par ailleurs posé par le fait que l'on ne connaît pas les dispositions contractuelles qui régissent ses rapports avec les grossistes, et spécialement ceux implantés dans d'autres pays de l'Union Européenne, tel que l'Italie ;

Que l'on ne sait donc pas dans qu'elle mesure l'approvisionnement auprès de grossistes étrangers pouvait être réglementé, étant rappelé qu'une telle réglementation ne pouvait en aucun cas rétablir des cloisonnements contraires à la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'Union Européenne ;

Attendu que dans deux considérations un peu ambiguës de ses conclusions, la société Puma France parait avoir invoqué le droit des marques, sans reprendre expressément d'ailleurs un moyen de ce chef, spécialement dans le dispositif de celles-ci ;

Attendu que la cour rappelle en tant que de besoin que le droit des marques est épuisé conformément à l'article L 713-4 pour les marchandises régulièrement mises dans le commerce de l'Union Européenne ;

Que la cour de justice Européenne a jugé dans l'arrêt Van Doren du 8 avril 2003 que dans le cas où le titulaire de la marque avait recours à un système de distribution exclusive, c'était à ce dernier de prouver qu'il avait donné son consentement à la commercialisation de ses

produits hors des frontières de l'espace économique européen avec interdiction d'importer à l'intérieur de cet espace ;

Attendu donc qu'à défaut d'une telle preuve, les marchandises sont considérées comme régulièrement mises sur le marché européen avec le consentement de leur producteurs ;

Attendu qu'au total, le réseau de distribution exclusive de la société Puma France n'apparaît pas comme manifestement licite ;

Attendu que par conséquent, l'atteinte à ce réseau ne peut pas être considérée comme un trouble manifestement illicite ;

Attendu que le parasitisme d'un réseau qui n'est pas manifestement licite ne pourrait pas être considéré comme un trouble manifestement illicite, et qu'il y a là une contestation sérieuse, exclusive de la compétence de la juridiction des référés ;

Attendu que pour le surplus, le premier juge a retenu à juste titre qu'il n'y avait pas de présentation dévalorisante des produits de la société Puma France sur le site internet de la société Overstock ;

Qu'il n'y avait pas non plus d'usurpation de la qualité de distributeur agréé de la société Puma France, ni d'usurpation du nom commercial Puma, alors que la société Overstock avait utilisé la dénomination Puma pour désigner les seuls produits de cette société ;

Attendu qu'il n'y a pas de prix illicites, et que la société Overstock pouvait effectivement faire référence aux prix moyens pratiqués dans le commerce ;

Qu'il n'y avait pas non plus des soldes irrégulières, et qu'à supposer même qu'il y ait eu d'éventuelles infractions à la réglementation des prix ou des soldes, celles-ci n'auraient pas pu justifier une mesure d'interdiction générale de commercialiser les produits Puma, ou une provision à valoir sur un préjudice non établi pour cette société ;

Attendu donc que réformant l'ordonnance entreprise, la cour déboute la société Puma France de l'ensemble de ses demandes ;

Attendu que cette infirmation entraîne l'obligation pour la société Puma France de rembourser toutes les sommes payées par la société Overstock au résultat de l'exécution provisoire de l'ordonnance entreprise ;

Attendu que les mesures de publicité ont causé effectivement un préjudice à la société Overstock, et que la cour condamne la société Puma France à lui payer une provision de 10 000 € à valoir sur la réparation du préjudice résultant généralement de l'exécution provisoire de l'ordonnance infirmée ;

Attendu que cette cour n'estime pas cependant devoir accorder quelque compensation que ce soit à la société Overstock sur le fondement des dispositions de l'article 700 du ncpc ;

Attendu en effet que cette société n'a pas répondu à une sommation de la société Puma France du 7 février 2007, relative notamment à l'origine de son approvisionnement, et que dans ces conditions, une solution amiable devenait impossible, et un procès inévitable ;

Que la cour ne peut donc pas compenser l'obligation de plaider de la société Overstock ;

DECISION :

Par ces motifs, la cour,

. Reçoit l'appel de la société Overstock contre l'ordonnance du 8 janvier 2008 du juge des référés du tribunal de grande instance de Strasbourg ;

. Au fond, réforme l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions, et statuant à nouveau, déboute la société Puma France de l'ensemble de ses demandes en référé ;

. Rappelle que l'infirmation de l'ordonnance entreprise entraîne l'obligation pour la société Puma France de rembourser à la société Overstock toutes les sommes payées au résultat de l'exécution provisoire de l'ordonnance entreprise ;

. Condamne la société Puma France à payer à la société Overstock une provision de 10 000 € à valoir sur la réparation du préjudice résultant de l'exécution provisoire de l'ordonnance entreprise ;

. Rejette toutes autres demandes plus amples, en ce particulier les demandes présentées de part et d'autre sur le fondement des dispositions de l'article 700 du ncpc ;

. Condamne la société Puma France aux entiers dépens de première instance et d'appel.

Cass. Com., 07 avril 2010

Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 29 juin 2007, pourvois n° U 07-10.303, n° Z 07-10.354, n° W 07-10.397), que, s'étant saisi d'office le 28 août 2001 de la situation de la concurrence dans le secteur de la téléphonie mobile et ayant été saisi le 22 février 2002 par l'association UFC - Que Choisir de pratiques d'ententes mises en oeuvre par les sociétés Bouygues Télécom (Bouygues), SFR et Orange France (Orange) sur le marché des services de téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence (le Conseil), devenu l'Autorité de la concurrence, a, par décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005, dit que ces trois opérateurs ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, d'une part, en échangeant régulièrement, de 1997 à 2003, des informations confidentielles relatives audit marché, de nature à réduire l'autonomie commerciale de chacune d'elles et ainsi à altérer la concurrence sur ce marché oligopolistique, et d'autre part, en s'entendant pendant les années 2000 à 2002 pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun ; qu'il leur a infligé des sanctions pécuniaires allant de 16 à 41 millions d'euros pour les premiers faits et de 42 à 215 millions d'euros pour les seconds et a ordonné des mesures de publication ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° U 09-13.163 formé par la société Orange :
Attendu que la société Orange fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté les recours dirigés contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en considérant d'une part qu'en l'état de la cassation partielle intervenue le 29 juin 2007 la cour de renvoi devait examiner les sanctions dans leur montant global et non seulement tel qu'individualisé dans les motifs de la décision au titre du seul grief remis en question d'échange d'informations, d'autre part que seuls devraient être examinés les moyens dirigés contre l'élément de la sanction se rapportant à l'échange d'informations en ce qu'il concourt à la sanction globale, la cour d'appel s'est contredite, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que l'arrêt de la chambre commerciale du 29 juin 2007 avait cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2006 en ses dispositions infligeant des sanctions, sans distinguer selon les pratiques prétendument anticoncurrentielles en cause, exprimant le lien de dépendance nécessaire entre la question du caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations litigieux et l'entente de gel de parts de marché reprochée à l'exposante ; de sorte qu'en estimant que seuls devraient être examinés les moyens dirigés contre l'élément de la sanction se rapportant à l'échange d'informations, la cour d'appel a méconnu l'étendue de sa saisine en violation des articles 624, 625 et 638 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en refusant expressément de répondre à la question, procédant de l'arrêt de cassation du 29 juin 2007 et posée par l'exposante, du lien entre l'échange d'informations et de l'entente sur les parts de marché, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte des articles 624 et 638 du code de procédure civile que la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire, et que lorsqu'une décision prononce une condamnation unique, mais correspondant à des chefs de demande distincts qui ne sont pas indivisément liés, et que la cassation n'intervient que sur l'un d'eux, cette décision n'est pas remise en cause des autres chefs ; que l'arrêt retient que les seuls points atteints par la cassation étaient la question du caractère anticoncurrentiel ou non des échanges d'informations qui ont eu lieu de 1997 à 2003 entre les sociétés Bouygues, SFR et Orange et les sanctions infligées contre ces sociétés, que si le dispositif de la décision du Conseil mentionne seulement, pour chaque opérateur, le montant global de la sanction prononcée, ce montant, à la lumière des motifs exposés dans la décision, apparaît comme la somme de deux éléments individualisés correspondant à chacune des pratiques qualifiées par le Conseil et qu'il ne résulte pas de l'arrêt du 29 juin 2007 que les deux pratiques ne pourraient être appréciées de manière autonome, la Cour de cassation ayant jugé que la cour d'appel, avait pu ne pas considérer comme unique le dommage causé à l'économie par les deux pratiques sanctionnées et fixer des sanctions distinctes pour chacune des infractions ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a déduit que seuls devaient être examinés les moyens dirigés contre l'appréciation de l'élément de la sanction se rapportant à l'échange d'informations en ce qu'il concourait à la fixation de la sanction globale, la cour d'appel a fait, sans méconnaître l'étendue de sa saisine, l'exacte application des textes susvisés ; que le moyen qui critique un motif surabondant en sa première branche et manque en fait en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° K 09-65.940 formé par la société SFR, le deuxième et le troisième moyens du pourvoi n° U 09-13.163 formé par la société Orange et le moyen unique du pourvoi n° Z 09-12.984 formé par la société Bouygues, réunis :
Attendu que les sociétés SFR, Bouygues, et Orange font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en se bornant, pour l'essentiel, à reprendre en guise de motivation les motifs de la décision du Conseil de la concurrence, adoptés par l'arrêt cassé du 12 décembre 2006, donc annulés par l'arrêt de cassation du 29 juin 2007, la cour d'appel a privé sa décision

de base légale au regard des articles L. 420-1 et L. 464-2 du code de commerce, ensemble l'article 81 du Traité CE et, en se refusant à exercer son pouvoir juridictionnel, a entaché sa décision d'un excès de pouvoir négatif ;

2°/ que lorsque la cour d'appel de Paris rejette le recours contre une décision du conseil de la concurrence, elle en adopte nécessairement les motifs non contraires aux siens propres ; que, la cour de cassation a prononcé le 29 juin 2007 une cassation pour manque de base légale contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2006, pour n'avoir pas recherché de façon concrète si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné ; que cette cassation signifie nécessairement qu'étaient insuffisants non seulement les motifs propres de la cour d'appel de Paris mais encore ceux de la décision du Conseil contre laquelle était formé le recours rejeté ; que dès lors, en l'espèce, en se fondant exclusivement sur les motifs du Conseil, déjà considérés comme insuffisants par la décision de la Cour de cassation, la Cour a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 §1 du Traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce ;

3°/ qu'en estimant que l'hypothèse d'une concurrence par les quantités dans laquelle un échange d'informations sur les ventes passées a un effet pro-concurrentiel n'aurait reposé sur aucune démonstration et ne serait étayée par aucun élément du dossier, quand la société Orange démontrait largement cette hypothèse, fondée en outre sur l'étude d'un cabinet d'économistes, la cour d'appel a dénaturé les termes du mémoire de la société Orange, en violation de l'article 1134 du code civil ;

4°/ qu'en se bornant à estimer "qu'il ne serait pas exclu" que l'échange d'informations, dans l'hypothèse d'une concurrence par les quantités, soit anticoncurrentiel, sans pour autant l'établir positivement comme cela lui revenait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, et affecté sa décision d'un excès de pouvoirs négatifs ;

5°/ qu'il résulte des articles 81 § 1 du Traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce, que l'échange régulier d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché n'est illicite, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, que s'il a eu concrètement pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné ; qu'en présumant à partir du seul caractère oligopolistique du marché, et de données abstraites, qu'un échange régulier d'informations est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste, sans

vérifier si la concurrence s'était trouvée, du fait de ces échanges d'informations, concrètement altérée par rapport à ce qu'elle eût été en l'absence d'échange d'informations, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

6°/ qu'un échange d'informations non tarifaires entre oligopoleurs n'est jamais prohibé per se ; que l'arrêt du 12 décembre 2006 ayant rejeté les recours exercés contre la décision du Conseil de la concurrence sanctionnant un échange d'informations non tarifaires entre opérateurs a été censuré pour manque de base légale, à défaut d'avoir recherché de façon concrète si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives encore confidentielles entre les trois entreprises opérant sur le marché, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné ; qu'ainsi ni l'arrêt cassé, ni la décision déférée du Conseil de la concurrence dont la motivation avait été adoptée par l'arrêt censuré n'avait mis en évidence, par une motivation circonstanciée, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel potentiel ou réel de l'échange d'informations visé ; qu'en décidant que la restriction de concurrence, condition nécessaire de l'entente, résultait suffisamment de la seule motivation de la décision du Conseil de la concurrence, la cour de renvoi a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

7°/ qu'en retenant, en guise d'appréciation de l'objet ou des effets, réels ou potentiels, de l'échange d'informations litigieux, des éléments caractérisant l'entente prétendument distincte de parts de marché, la cour d'appel a statué par motifs inopérants, privant sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

8°/ qu'un système d'informations non tarifaires n'est susceptible d'altérer la concurrence entre oligopoleurs en atténuant ou en supprimant le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et de contrevenir aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE que s'il porte sur des données précises et individualisées ; qu'en retenant que l'attention avec laquelle les informations échangées étaient analysées au plus haut niveau par les opérateurs suffit à démontrer le caractère stratégique des données échangées pour anticiper les politiques commerciales des concurrents, la cour de renvoi qui a statué par des motifs impropres à établir que les informations échangées présentaient un degré de précision suffisant au sens de la jurisprudence communautaire pour produire des effets anticoncurrentiels, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

9°/ qu'un système d'informations non tarifaires n'est susceptible d'altérer la concurrence entre oligopoleurs en atténuant ou en supprimant le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et de contrevenir aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE que s'il porte sur des données précises et individualisées ; qu'en considérant que les informations échangées sur les ventes brutes, les résiliations et les ventes nettes, étaient suffisamment précises pour constituer des données stratégiques et permettre à chaque opérateur d'évaluer les politiques

commerciales de ses concurrents, après avoir constaté que l'échange portait sur des données globales, non ventilées par région, par nature d'offre, pré ou post payée, par canal de distribution ou catégorie de clientèle, la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ;

10°/ qu'en négligeant la considération que les informations, essentielles stratégiquement, relatives à la ventilation des ventes entre forfaits et prépayés n'étaient pas échangées par les concurrents, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

11°/ qu'ayant été spécialement invité par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007 à tenir compte, pour vérifier l'existence d'une restriction de concurrence, que les informations en cause n'opéraient aucune distinction entre les forfaits et les cartes pré-payées, la cour de renvoi qui a décidé que cette circonstance importait peu, a violé de plus fort les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

12°/ qu'en négligeant la réorientation des stratégies commerciales des opérateurs, essentielle à l'appréciation du caractère stratégique des données échangées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 et 81 du Traité CE ;

Mais attendu que l'arrêt retient que si, sur un marché oligopolistique fortement concentré protégé par des barrières à l'entrée et caractérisé par une concurrence en quantité, un échange d'informations peut avoir dans certaines circonstances des effets bénéfiques pour le consommateur dans la mesure, par exemple, où il permettrait aux opérateurs d'anticiper un accroissement de la demande et finalement d'adapter en conséquence les capacités de leurs réseaux pour mieux satisfaire la clientèle, l'hypothèse selon laquelle l'échange d'informations entre les opérateurs de téléphonie mobile aurait eu un tel effet bénéfique ne repose sur aucune démonstration et n'est étayée par aucune pièce du dossier, certaines des informations confidentielles échangées mensuellement n'apportant aux opérateurs aucune information sur le volume de la consommation et la localisation des saturations éventuelles, que l'observation de l'évolution des ventes brutes est le seul indicateur capable de les renseigner de façon synthétique sur "l'effort concurrentiel" fait par leurs concurrents, que, si les opérateurs ont regardé comme souhaitable l'échange d'indicateurs plus complets comportant par exemple une ventilation entre pré et post payés, celle-ci n'a pourtant jamais été mise en oeuvre, les données globales échangées présentant en elles-mêmes un intérêt stratégique suffisant par leur grande actualité et la périodicité rapprochée des communications sur une longue période de temps, et que les informations échangées ont été utilisées concrètement par les opérateurs pour évaluer les conséquences de la politique commerciale mise en oeuvre, justifier les mesures commerciales prévues, infléchir, le cas échéant, la politique commerciale, enfin anticiper le comportement de l'un d'entre eux en réaction à une baisse de ses parts ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui ne s'est pas bornée à reprendre les motifs propres et adoptés de l'arrêt partiellement cassé du 12 décembre 2006, qui n'a pas présumé à partir du seul caractère oligopolistique du marché, et de données abstraites, qu'un échange régulier d'informations était de nature à altérer sensiblement la concurrence, qui ne s'est pas bornée à déduire le caractère stratégique des données échangées du seul fait qu'elles étaient analysées au plus haut niveau par les opérateurs et qui n'a pas décidé que l'absence de distinction entre les forfaits et les cartes pré-payées,

importait peu, mais a vérifié que les informations échangées, en dépit de leurs imperfections, avaient été effectivement utilisées par les opérateurs pour ajuster leur stratégie, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le quatrième moyen du pourvoi n° U 09-13.163 formé par la société Orange, pris en sa première branche :
Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que le montant de la sanction d'une pratique, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que ce dommage ne saurait être présumé ;

Attendu que pour rejeter le recours formé par la société Orange, l'arrêt retient que le Conseil a fait une exacte appréciation du dommage à l'économie provoqué par l'échange d'informations, étant observé que l'existence d'un dommage à l'économie est présumée dans le cas d'une entente ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;
Et sur le même moyen pris en sa seconde branche :
Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient encore que les éléments qui permettent de mesurer l'importance du dommage causé à l'économie sont suffisants, le Conseil ayant notamment relevé que la taille du marché était très importante et que la totalité des opérateurs intervenants sur ce marché avait participé à l'échange d'informations ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans tenir également compte de la sensibilité de la demande au prix, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ses seules dispositions relatives aux sanctions prononcées contre la société Orange pour avoir participé à un échange d'informations, l'arrêt n° 0719110 rendu le 11 mars 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Cass. Com., 23 mars 2010

Attendu, selon l'arrêt attaqué que la société Chanel, propriétaire de diverses marques, a agi à l'encontre de la société Marm pour usage illicite de marques et concurrence déloyale après que cette société eut proposé à la vente des produits cosmétiques et de parfumerie acquis auprès de la société Futura finances, société qui les avait elle-même achetés dans le cadre d'une vente aux enchères publiques du stock d'un distributeur agréé, la société Galeries rémoises, mise en liquidation judiciaire ;

Sur le moyen unique pris en ses troisième, septième, huitième, neuvième et dixième branches :

Attendu que la société Marm fait grief à l'arrêt d'avoir dit qu'elle avait fait un usage illicite des marques dont la société Chanel est propriétaire, qu'elle avait porté atteinte à l'image et à la réputation de la société Chanel, qu'elle avait participé indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau, qu'elle avait engagé sa responsabilité délictuelle en commettant des actes de concurrence déloyale à l'encontre de la société Chanel et de l'avoir, en conséquence, condamnée à payer à celle-ci la somme de 25 000 euros toutes causes de préjudices confondues, alors, selon le moyen :

1°/ que ne saurait constituer une contrefaçon par usage la simple commercialisation de produits authentiques régulièrement acquis après avoir été initialement mis en vente avec l'accord du titulaire de la marque ; qu'en décidant en l'espèce, pour condamner la société Marm à payer à Chanel la somme de 25 000 euros, que l'exposante avait fait un usage illicite de la marque Chanel, quand il était constaté que les produits authentiques litigieux avaient été initialement commercialisés par les Galeries rémoises avec l'accord de Chanel, avant d'être acquis ensuite régulièrement à des fins commerciales par la société Marm, la cour d'appel a violé les articles L. 713-2 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

2°/ que lors d'une vente aux enchères, les mentions du cahier des charges et les diverses publicités légales l'accompagnant visent à informer les seuls adjudicataires des conditions de la vente et des éventuelles charges l'affectant ; qu'en décidant en l'espèce de condamner la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros au titre d'un usage illicite de la marque prétendument ternie par les conditions mêmes de la vente, au motif inopérant que l'exposante ne pouvait ignorer les conditions particulières de vente exigées par Chanel, dès lors "que l'annonce de la vente aux enchères faite par le liquidateur précisait que les acquéreurs devaient se conformer à là législation et aux clauses accréditives de distribution des parfums et cosmétiques", quand il était bien établi que l'exposante n'était pas adjudicataire, les juges du second degré paraissant qui plus est douter de l'acquisition même des produits auprès de l'adjudicataire, la société Futura finances, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1165 du code civil ;

3°/ que l'autorisation de commercialiser, donnée en principe par le titulaire de la marque, peut également être issue d'une décision dotée de l'autorité de chose jugée ; qu'en retenant en l'espèce le contraire, pour condamner la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros, la cour d'appel a violé les articles 480 du code de procédure civile et 1351 du code civil, ensemble les articles L. 713-2,L. 713-3 et L. 713-4 du code de la propriété intellectuelle ;

4°/ que le titulaire de la marque ne peut s'opposer à une nouvelle commercialisation de produits, à laquelle il a, fût-ce tacitement, consenti, en refusant de contester judiciairement une décision ayant autorisé cette nouvelle commercialisation ; qu'en retenant en l'espèce, pour condamner la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros, que l'exposante avait fait usage illicite de la marque Chanel en commercialisant, sans son autorisation, des produits authentiques de cette marque à la suite de la liquidation judiciaire des Galeries rémoises, distributeur agréé Chanel, quand

il était constaté que la société Chanel, parfaitement informée des opérations de liquidation, n'avait intentée aucun recours à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente aux enchères des produits litigieux, en sorte qu'elle avait, au moins tacitement, acquiescé à une nouvelle commercialisation de ses produits, la cour d'appel a violé les articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4 du code de la propriété intellectuelle ;

5°/ qu' il appartient au juge de rechercher si une méconnaissance du contrat de distribution sélective par le titulaire de la marque, refusant de racheter les produits de sa marque aux termes dudit contrat, ne lui interdit pas de se prévaloir d'un motif légitime permettant d'interdire une nouvelle commercialisation ; qu'en se bornant en l'espèce à retenir, pour condamner la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros, "que la société Chanel justifie de motifs légitimes pour s'opposer à l'usage de sa marque notamment par l'existence d'un réseau étanche de distribution sélective, et par la mise en vente des produits dans une solderie (...) dans des conditions dévalorisantes, sans que les précautions mises en avant par l'appelante ne soient établies", sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société Chanel ne s'était pas opposée de manière purement formelle à la vente aux enchères des produits litigieux, en rechignant en réalité à fournir son contrat de distribution sélective prévoyant la reprise desdits produits au prix de livraison, en préférant, autrement dit, au coût contractuel et certain d'une reprise de produits, les bénéfices éventuels d'une action en contrefaçon contre le revendeur, ce dont il se déduisait une absence de motif légitime, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 713-4 du code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu que l'arrêt relève par motifs propres et adoptés que les produits ont été mis en vente dans un hangar situé dans une zone commerciale, hors l'agglomération de Sainte-Bazeille, qu'ils étaient présentés dans des bacs ou des portants, dans des conditions dévalorisantes, que des affiches dans le local de vente annonçaient que ces produits provenaient d'une vente aux enchères publiques consécutives à la liquidation judiciaire des Galeries rémoises et étaient vendus avec une remise de 30 % ; qu'il relève encore, par motifs adoptés, que la société Chanel a manifesté son opposition à la vente aux enchères prévue en proposant par courrier du 28 novembre 2003 adressé à M. X..., mandataire liquidateur de la société Galeries rémoises, de racheter les produits de cette société restant en stock, auquel celui-ci avait répondu négativement le 6 avril 2004 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont elle a déduit que la société Chanel justifiait de motifs légitimes l'autorisant à s'opposer à une nouvelle commercialisation de ses produits, la cour d'appel qui a procédé à la recherche prétendument omise visée par la cinquième branche et abstraction faite du motif surabondant critiqué par la deuxième branche, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen pris en sa première branche :

Vu les articles 1382 du code civil, L. 442-6 I 6° du code de commerce, ensemble les articles L. 713-2 et L. 713-4 du code de la propriété intellectuelle ;

Attendu que pour fixer à la somme de 25 000 euros, toutes causes de préjudices confondues, le montant des dommages-intérêts dus par la société Marm à la société Chanel, l'arrêt retient par motifs adoptés que le fait de mettre en vente des produits commercialisés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue une faute si

l'acquisition en est faite en violation des règles applicables à ce réseau et s'il constitue un acte de concurrence déloyale, que la société Marm n'est pas distributeur agréé, qu'elle a acquis les produits de marque Chanel en violation du réseau de distribution sélective et les a mis en vente à des prix réduits de 30 % ;

Attendu qu'en prononçant une condamnation tant pour usage illicite de marque que pour concurrence déloyale et pour violation de l'interdiction de vente hors réseau alors que les faits retenus, de ces deux derniers chefs, ne constituaient pas des faits distincts de ceux retenus pour dire que la société Chanel justifiait de motifs légitimes pour s'opposer à une nouvelle commercialisation de ses produits, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros toutes causes de préjudices confondues, l'arrêt rendu le 4 mars 2009, entre les parties, par la cour d'appel d'Agen ; remet en conséquence sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

CJUE 14 juin 2012

Motifs de l'arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1 er , paragraphe 1, sous f), du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JO L 203, p. 30, ci-après le «règlement»).
2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Auto 24 SARL (ci-après «Auto 24») à Jaguar Land Rover France SAS (ci-après «JLR») au sujet du refus de cette dernière d'agréer Auto 24 en tant que distributeur de véhicules automobiles neufs de la marque LAND ROVER.
Le cadre juridique
Le droit de l'Union
3 Le règlement, adopté sur le fondement de l'article 1 er du règlement nº 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 1965, 36, p. 533), énonce une exemption de l'interdiction visée à l'article 81, paragraphe 1, CE pour certaines catégories d'ac-cords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (ci-après l'«exemption»).
4 Les premier et quatrième à huitième considérants 1 et 4 à 8 du règlement se lisent comme suit:
«(1) L'expérience acquise en matière de distribution de véhicules automobiles neufs, [...] dans le secteur automobile permet de définir des catégories d'accords verticaux dont on peut considérer qu'ils remplissent normalement les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, du traité.
[...]

(4) Le bénéfice de l'exemption doit être limité aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité.
(5) Les accords verticaux relevant des catégories définies dans le présent règlement peuvent améliorer l'efficience économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution en améliorant la coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent notamment diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs ventes et de leurs investissements.
(6) La probabilité que de tels gains d'efficience l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence en provenance des autres fournisseurs de biens ou de services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables [...]
(7) Il convient d'établir des seuils sur la base de la part de marché de manière à refléter le pouvoir de marché des fournisseurs. [...] Les seuils au-dessous desquels on peut présumer que les avantages procurés par les accords verticaux l'emportent sur leurs effets restrictifs doivent varier en fonction des caractéristiques des différents types d'accord vertical. Il est donc permis de penser que les accords verticaux présentent généralement ces avantages lorsque le fournisseur concerné détient une part de marché allant jusqu'à 30 % des marchés de la distribution de véhicules automobiles neufs ou de pièces de rechange, ou jusqu'à 40 % lorsque c'est la distribution sélective quantitative qui est utilisée pour vendre des véhicules automobiles neufs. [...]
(8) Au-delà de ces seuils de parts de marché, on ne saurait présumer que des accords verticaux qui relèvent de l'article 81, paragraphe 1, du traité produisent en général des avantages objectifs de nature et de taille à compenser leurs inconvénients sur le plan de la concurrence. Toutefois, dans le cas de la distribution sélective qualitative, on peut escompter de tels avantages, quelle que soit la part de marché du fournisseur.»
5 Aux termes de l'article 1 er , paragraphe 1, sous f) à h), du règlement, aux fins de l'application de ce dernier, est considéré comme:
«f) 'système de distribution sélective': un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs ou des réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ou à des réparateurs indépendants, sans préjudice de la faculté de vendre des pièces de rechange à des réparateurs indépendants ou de l'obligation de fournir aux opérateurs indépendants l'ensemble des informations techniques, des systèmes de diagnostic, des outils et de la formation nécessaires pour la réparation et l'entretien des véhicules automobiles ou pour la mise en oeuvre des mesures de protection de l'environnement;
g) 'système de distribution sélective quantitative': un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci;
h) 'système de distribution sélective qualitative': un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs».
6 L'article 3, paragraphe 1, du règlement prévoit:

«Sous réserve des paragraphes 2, 3, 4, 5, 6 et 7, l'exemption s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les véhicules automobiles neufs, les pièces de rechange pour véhicules automobiles ou les services de réparation et d'entretien.
Toutefois, le seuil de part de marché pour l'application de l'exemption est de 40 % pour les accords établissant des systèmes de distribution sélective quantitative pour la vente de véhicules automobiles neufs.
Ces seuils ne s'appliquent pas aux accords instituant des systèmes de distribution sélective qualitative.»
7 L'article 5, paragraphe 2, sous b), du règlement énonce, en ce qui concerne la vente de véhicules automobiles neufs, que l'exemption ne s'applique à aucune «obligation directe ou indirecte faite dans un système de distribution sélective à tout distributeur de voitures particulières ou de véhicules utilitaires légers, qui restreint sa capacité d'établir des points de vente ou de livraison supplémentaires là où dans le marché commun la distribution sélective est d'application».
8 Conformément à l'article 6 du règlement, le bénéfice de l'exemption peut être retiré s'il est constaté que, dans un cas déterminé, les accords verticaux en question ont des effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, CE.
9 Il ressort de l'article 12 du règlement que celui-ci est entré en vigueur le 1 er octobre 2002, à l'exception dudit article 5, paragraphe 2, sous b), lequel est applicable à compter du 1 er octobre 2005.
Le droit français
10 Aux termes de l'article 1382 du code civil, «[t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».
Le litige au principal et la question préjudicielle
11 JLR est importateur en France de véhicules automobiles neufs et de produits de la marque LAND ROVER.
12 Depuis l'année 1994, Auto 24 était concessionnaire exclusif de JLR à Périgueux (France). Son contrat de concession a été résilié le 27 septembre 2002 avec effet le 30 septembre 2004, en application d'un préavis de deux ans tel que prévu par les stipulations contractuelles. À la date d'effet de cette résiliation, elle a conclu avec JLR un contrat de réparateur agréé. Sa candidature pour devenir distributeur agréé n'a, en revanche, pas été retenue par JLR.
13 Par un jugement devenu définitif le 28 octobre 2005, le tribunal de commerce de Versailles a jugé que JLR avait fait preuve de discrimination dans l'examen de ladite candidature et l'a, en conséquence, condamnée à verser 100 000 euros à Auto 24 à titre de dommages et intérêts pour la perte d'un gain que cette dernière aurait pu réaliser si elle avait obtenu la qualité de distributeur agréé.
14 Le 19 janvier 2006, JLR a de nouveau refusé à Auto 24 la qualité de distributeur agréé à Périgueux, au motif que le «numerus clausus» établi par JLR ne prévoyait pas la désignation d'un distributeur de véhicules neufs dans cette ville.
15 Au mois d'octobre de l'année 2006, la société Pericaud Automobiles, distributeur agréé de JLR, a ouvert un établissement secondaire à Trélissac (France), en périphérie de Périgueux.
16 Dans ces conditions, Auto 24 a assigné JLR devant le tribunal de commerce de Bordeaux aux fins de l'indemniser du préjudice généré par le refus de cette dernière de l'agréer comme distributeur sur le secteur de Périgueux.
17 Par jugement du 8 février 2008, le tribunal de commerce de Bordeaux a débouté Auto 24 de l'ensemble de ses demandes.

18 Par arrêt du 2 décembre 2009, la cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement, en relevant notamment que JLR avait refusé à Auto 24 de l'agréer comme distributeur en se fondant sur un numerus clausus établi le 8 avril 2005, lequel prévoyait 72 contrats de distributeurs agréés pour 109 sites, décrits dans un tableau des contrats et des sites où ne figure pas Périgueux.
19 Auto 24 s'est alors pourvue en cassation contre cet arrêt devant la juridiction de renvoi. Par son pourvoi, Auto 24 soutient, notamment, que la cour d'appel de Paris a méconnu l'article 1 er , paragraphe 1, sous g), du règlement et l'article 1382 du code civil en estimant qu'aucune disposition législative ou réglementaire, de droit national ou communautaire, n'impose au concédant de justifier des raisons économiques ou autres à l'origine d'un numerus clausus et en retenant que JLR avait établi un numerus clausus ne prévoyant pas la possibilité d'implantation à Périgueux, sans examiner l'objectivité des critères de sélection, leur utilité économique, l'amélioration du service rendu à la clientèle et les conditions de leur mise en oeuvre. Selon Auto 24, dans un système de distribution sélective quantitative, le fournisseur, lorsqu'il sélectionne ses distributeurs, doit appliquer des critères de sélection quantitatifs précis, objectifs, proportionnés au but à atteindre et mis en oeuvre de façon non discriminatoire.
20 Dans ces conditions, la Cour de cassation, éprouvant des doutes sur l'interprétation du règlement, et notamment sur les exigences relatives aux critères de sélection en matière de distribution sélective quantitative, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:
«Que faut-il entendre par les termes de 'critères définis' figurant à l'article 1 er , [paragraphe] 1, [sous] f), du règlement [...] s'agissant d'une distribution sélective quantitative?»
Sur la question préjudicielle
21 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les termes «critères définis», figurant à l'article 1 er, paragraphe 1, sous f), du règlement, doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent que, pour bénéficier de l'exemption, un système de distribution sélective quantitative, au sens du règlement, repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.
22 À titre liminaire, il importe de rappeler qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour (voir, notamment, arrêts du 18 décembre 1986, VAG France, 10/86, Rec. p. 4071, point 12; du 30 avril 1998, Cabour, C-230/96, Rec. p. I-2055, points 47, 48 et 51, ainsi que du 2 avril 2009, Pedro IV Servicios, C-260/07, Rec. p. I-2437, point 68) que le non-respect d'une condition nécessaire à l'exemption ne peut, en soi, donner lieu à des dommages et intérêts au titre de l'article 101 TFUE ou contraindre un fournisseur à accueillir un distributeur candidat dans un système de distribution.
23 En l'occurrence, Auto 24 fait valoir, pour l'essentiel, que tout critère quantitatif au sens de l'article 1 er , paragraphe 1, sous g), du règlement, à savoir tout critère qui, afin de sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, limite directement le nombre de ceux-ci, doit répondre à des justifications économiques objectives dont le fournisseur doit apporter la preuve et être appliqué de façon uniforme et non discriminatoire sur toutes les zones de chalandise et à tous les candidats potentiels au système de distribution.
24 À cet égard, il convient de rappeler qu'il ressort des considérants 1 ainsi que 4 à 6 du règlement que le bénéfice de l'exemption est limité aux accords verticaux qui, eu égard à l'expérience acquise en matière de distribution dans le secteur automobile, sont présumés remplir, en raison des gains d'efficience qu'ils apportent, les conditions posées à l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

25 Ainsi qu'il ressort du considérant 7 du règlement, les seuils au-dessous desquels il peut être présumé que les avantages procurés par les accords verticaux l'emportent sur leurs effets restrictifs varient en fonction des caractéristiques des différents types d'accord vertical.
26 Selon les considérants 7 et 8 du règlement, les accords verticaux présentent généralement ces avantages lorsque le fournisseur concerné détient une part de marché sur lequel il vend les véhicules automobiles neufs n'excédant pas 40 % lorsque la «distribution sélective quantitative» est utilisée pour vendre des véhicules automobiles neufs, alors que, dans le cas de la «distribution sélective qualitative», de tels avantages peuvent être escomptés quelle que soit la part de marché du fournisseur.
27 Ainsi, aux termes de l'article 3, paragraphe 1, deuxième alinéa, du règlement, le seuil de part de marché pour l'application de l'exemption est de 40 % pour les accords établissant des systèmes de distribution sélective quantitative pour la vente de tels véhicules, tandis que, conformément au troisième alinéa dudit paragraphe 1, la part de marché détenue par le fournisseur concerné est sans incidence aux fins de l'application de l'exemption aux accords instituant des systèmes de distribution sélective qualitative.
28 C'est dans ce contexte qu'il y a lieu de comprendre les notions de «système de distribution sélective», de «système de distribution sélective quantitative» et de «système de distribution sélective qualitative», définies, respectivement, à l'article 1 er , paragraphe 1, sous f) à h), du règlement.
29 Il résulte de ces dernières dispositions que, pour ce qui concerne tant les systèmes de distribution sélective quantitative que les systèmes de distribution sélective qualitative, au sens du règlement, des distributeurs doivent être sélectionnés sur la base de «critères définis», au sens de l'article 1 er , paragraphe 1, sous f), du règlement.
30 Dans ce contexte, les termes «critères définis», au sens de cette disposition, doivent être interprétés comme se référant à des critères dont le contenu précis peut être vérifié.
31 Il convient de préciser sur ce point qu'il n'est pas nécessaire, en vue de la vérification de leur contenu précis, que les critères de sélection utilisés aux fins d'un système de distribution sélective soient publiés, au risque, ainsi que l'a relevé le gouvernement français, de compromettre le secret des affaires, voire de faciliter d'éventuels comportements collusoires.
32 Par ailleurs, il ne ressort pas de la définition de la notion de «système de distribution sélective quantitative», figurant à l'article 1 er , paragraphe 1, sous g), du règlement, que cette notion doive être interprétée comme comportant une exigence selon laquelle des critères appliqués par le fournisseur pour sélectionner les distributeurs doivent non seulement être «définis», mais, en outre, être objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.
33 En effet, ce n'est que dans le contexte des systèmes de distribution sélective qualitative que le règlement, par la définition figurant à son article 1 er , paragraphe 1, sous h), exige notamment que les critères de sélection utilisés par le fournisseur soient «requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire».
34 Ainsi, il découle des termes mêmes des définitions figurant à l'article 1 er , paragraphe 1, sous f) et g), du règlement que, lorsqu'un système de distribution pour la vente de véhicules automobiles neufs interdit la revente aux distributeurs non agréés et repose sur des critères définis qui limitent directement le nombre de distributeurs, un tel système peut être qualifié de «système de distribution sélective quantitative», au sens du règlement. Le fait que, dans la pratique, les systèmes de distribution de véhicules

automobiles neufs comportent très souvent des critères tant qualitatifs que quantitatifs est sans incidence à cet égard, ainsi que JLR et la Commission européenne l'ont reconnu, en substance, lors de l'audience.
35 Dans ces conditions, ainsi que le soutiennent, en substance, JLR, le gouvernement français et la Commission, si, dans le cadre du règlement, les critères quantitatifs de sélection devaient obligatoirement être objectifs et non discriminatoires, une confusion en résulterait entre les conditions exigées par le règlement pour l'application de l'exemption aux systèmes de distribution sélective qualitative et celles requises par celui-ci pour l'application de l'exemption aux systèmes de distribution sélective quantitative.
36 Or, il ne ressort pas de l'économie du règlement que le législateur ait voulu prévoir les mêmes conditions d'exemption pour ces deux systèmes de distribution sélective. Au contraire, étant donné que, ainsi qu'il ressort notamment des points 26 et 27 du présent arrêt, le règlement envisage des conditions d'exemption distinctes selon que la distribution sélective en question est qualifiée de «quantitative» ou de «qualitative», les éléments figurant uniquement à l'article 1 er , paragraphe 1, sous h), du règlement ne sauraient être également appliqués au point g) de cette disposition, sauf à amalgamer ces deux types de distribution sélective.
37 Par ailleurs, contrairement à ce qu'Auto 24 a laissé entendre, le fait que, conformément à l'article 5, paragraphe 2, du règlement, un fournisseur ne peut empêcher l'ouverture d'un établissement secondaire par l'un de ses distributeurs agréés n'a pas d'incidence à cet égard.
38 En outre, la jurisprudence invoquée par Auto 24 issue de l'arrêt du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission (26/76, Rec. p. 1875), n'a pas d'incidence dans la présente affaire. Sur ce point, il suffit de constater que, dans le cadre du règlement, ainsi qu'il ressort notamment des points 32 à 34 du présent arrêt, un «système de distribution sélective quantitative» se distingue, par définition, de la sélection qualitative des distributeurs faisant l'objet du point 20 de l'arrêt Metro SB-Großmärkte/Commission, précité.
39 Eu égard à tout ce qui précède, il y a lieu de répondre à la question posée que, par les termes «critères définis», figurant à l'article 1 er , paragraphe 1, sous f), du règlement, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.
Sur les dépens
40 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:
Par les termes «critères définis», figurant à l'article 1 er , paragraphe 1, sous f), du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont

objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

Cass. com. 15 janvier 2013

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 décembre 2009), qu'après avoir résilié le contrat de concession qui les liait, les sociétés Jaguar Land Rover France et Auto 24 ont conclu un contrat de réparateur agréé du réseau Land Rover, la candidature de la société Auto 24 en qualité de distributeur agréé étant en revanche rejetée ; que la société Land Rover a ultérieurement réitéré son refus d'agrément en indiquant à la société Auto 24 que son "numerus clausus" ne prévoyait pas de représentation de véhicules neufs à Périgueux, ville dans laquelle la société Auto 24 exerçait son activité ; que la société Auto 24, reprochant à la société Land Rover un comportement discriminatoire dans le rejet de sa nouvelle candidature, l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ; que, par arrêt du 29 mars 2011, la Cour de cassation a sursis à statuer sur le pourvoi de la société Auto 24 et interrogé à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne ;

Attendu que la société Auto 24 fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande, alors, selon le moyen :

1°/ que dans la distribution sélective quantitative, le fournisseur doit appliquer, pour sélectionner les distributeurs, des critères de sélection quantitatifs précis, objectifs, proportionnés au but à atteindre et mis en oeuvre de façon non discriminatoire ; que pour estimer que la société Land Rover avait respecté ces obligations, les juges du fond se sont bornés à constater que cette société avait établi un numerus clausus décrivant dans un tableau des contrats et des sites ne prévoyant pas la possibilité d'implantation à Périgueux ; qu'en statuant ainsi sans examiner l'objectivité de ces critères, leur utilité économique, l'amélioration du service rendu à la clientèle et les conditions de leur mise en oeuvre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1 G du Règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002, ensemble de l'article 1382 du code civil ;

2°/ que la distribution sélective quantitative est un système de distribution dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci, sans pouvoir limiter le nombre et l'emplacement dans l'espace communautaire de leurs points de vente ; qu'en estimant que la société Land Rover avait pu, sans examen, rejeter la candidature de la société Auto 24, à la faveur de son numerus clausus écartant un point de vente à Périgueux, la cour d'appel a violé les articles 1 G et 5.2.b du Règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002, ensemble l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, que par arrêt du 14 juin 2012 (affaire C-158/11), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que par les termes « critères définis »,

figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié et que pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément ; qu'ayant, par motifs propres et adoptés, énoncé qu'aux termes de l'article 1, paragraphe 1, sous g) du règlement d'exemption n° 1400/2002, le système de distribution sélective quantitative est celui dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci et retenu qu'aucune disposition législative ou réglementaire, de droit national ou communautaire, n'impose au concédant de justifier des raisons qui l'ont amené à arrêter le "numerus clausus" qui lui sert de critère quantitatif de sélection, fixant un nombre de 72 contrats pour 109 sites parmi lesquels celui de Périgueux ne figure pas, ce dont il résultait un critère précis qui a été vérifié, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Et attendu, d'autre part, que la société Auto 24 n'ayant pas soutenu devant les juges du fond que le "numerus clausus" écartait un point de vente à Périgueux en violation des articles 1er, paragraphe 1, sous g), et 5.2.b du Règlement n° 1400/2002, le grief de la seconde branche est nouveau et mélangé de fait et de droit ;
D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus
PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi.

Séance 6 : DISTRIBUTION SÉLECTIVE ET INTERNET

Cons. conc., 24 juillet 2006

Décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France :

(…)

D. SUR LE CONTENU DES ENGAGEMENTS

79. Le Conseil n'a pas identifié dans les propositions d'engagements de Festina France de questions de concurrence liées à d'autres éléments que ceux ayant fait l'objet des observations recueillies, à savoir la volonté de ne pas intégrer dans le réseau de distribution des opérateurs qui vendent exclusivement par Internet et le contrôle par le fournisseur de la publicité non tarifaire effectuée par les membres du réseau sur leur site Internet, y compris le contrôle des liens avec d'autres sites ou des moteurs de recherche.

1. SUR LA POSSIBILITÉ DE RÉSERVER LA VENTE PAR INTERNET AUX MEMBRES D'UN RÉSEAU DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE QUI DOIVENT DISPOSER D'UN MAGASIN

80. Le règlement n° 2790/1999 ne contient aucune disposition spécifique à la vente par Internet. En revanche, les lignes directrices de la Commission du 13 octobre 2000 relatives aux restrictions verticales précisent, au point 51, que « *l'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée. Quoi qu'il en soit, le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur Internet* ». Elles précisent également « *que chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire la publicité ou vendre ses produits* ».

81. En l'espèce, Festina France ne pose aucune interdiction catégorique de vendre sur Internet. Elle ne se réserve pas davantage cette activité. En application des engagements proposés, chacun de ses distributeurs sera libre de recourir à Internet sous réserve de respecter certaines conditions.
82. Si aucun texte ne prévoit explicitement la possibilité pour l'organisateur d'un réseau de réserver la vente sur Internet aux membres de son réseau, une telle solution apparaît compatible dans un certain nombre de cas avec les règles de concurrence applicables aux restrictions verticales.

83. En effet, selon le principe même de la distribution sélective et conformément à l'article 1er, sous d), du règlement n° 2790/1999, le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés. Par ailleurs, les articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, dudit règlement exemptent de l'interdiction stipulée à l'article 81, paragraphe 1, CE, les accords de distribution sélective, sauf s'ils comportent certaines restrictions de concurrence caractérisées, dès lors que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels. Seules des circonstances particulières, notamment l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux produisant des effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès

au marché en cause ou la concurrence sur ce marché, peuvent conduire la Commission européenne ou une autorité nationale de concurrence à retirer le bénéfice de cette exemption catégorielle. De telles circonstances ne sont à l'évidence pas réunies en l'espèce s'agissant de la fabrication et de la distribution des montres. Par conséquent, en l'absence de ces circonstances particulières, s'il ne dépasse pas une part de marché de 30 %, un fournisseur peut sélectionner ses distributeurs en retenant notamment comme critère qu'ils disposent d'un magasin pour accueillir le public et exposer les produits contractuels, c'està- dire en excluant de son réseau les vendeurs « exclusivement Internet ». Dès lors qu'il est couvert par le règlement d'exemption n° 2790/1999, un tel fournisseur n'a pas à justifier ses choix en démontrant que dans son cas particulier une exemption est justifiée, c'est-àdire que les effets positifs sur le marché l'emportent sur les effets négatifs, contrairement à ce qui pouvait être le cas avant l'entrée en vigueur de ce règlement, ou comme doit le faire un fournisseur dont la part de marché dépasse 30 %.

84. Il convient à cet égard de souligner que la Commission a déjà admis implicitement dans deux affaires la faculté pour un fournisseur de réserver la vente sur Internet à ses détaillants.

85. En effet, elle a autorisé le 24 juin 2002 le système de distribution sélective de B&W Loudspeakers, fabricant britannique de haut-parleurs de qualité qui avait mis fin à des restrictions de concurrence caractérisées dans ce système, notamment à celle interdisant les ventes à distance par ses distributeurs y compris par Internet (communiqué IP/02/916 du 24 juin 2002). La Commission relève que « *les revendeurs peuvent désormais lui demander d'effectuer des ventes à distance. Elle ne peut rejeter de telles demandes que par écrit et sur la base de critères ayant trait à la nécessité de maintenir intacte son image de marque et la réputation de ses produits. Ces critères doivent être appliqués de façon non discriminatoire et être comparables à ceux qui concernent les ventes effectuées dans un point de vente ».* Ces modifications ont été jugées « satisfaisantes » par la Commission qui a envoyé une lettre dite de classement administratif indiquant que « *B&W bénéficie désormais de la « sphère de sécurité » prévue par le règlement d'exemption par catégorie* de 1999 applicable aux accords de distribution et autres accords verticaux ».

86. Dans une autre affaire, la Commission a, le 17 mai 2001, autorisé le système de distribution sélective de la société Yves Saint Laurent Parfums (YSLP). Le communiqué de presse relatif à de cette décision est ainsi rédigé : « *La Commission a souligné dans ses lignes directrices l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne et encourage une large diffusion de ce moyen moderne de communication et de commercialisation. En particulier, elle considère qu'une interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999. Le système YSLP satisfait aux conditions d'exemption posées par ce règlement. En effet, YSLP a fixé des critères de sélection autorisant ses détaillants agréés, exploitant préalablement un point de* vente physique, à vendre leurs produits également par Internet ».

87. Même si ces deux affaires ont fait l'objet de simples lettres administratives de classement, l'opinion exprimée par la Commission à cette occasion constitue un élément utile pour les autorités nationales de concurrence lorsqu'elles examinent un accord. Ainsi que l'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes notamment dans l'arrêt du 10 juillet 1980, SA Lancôme, (99/79, Rec. p. 2511, point 11) « *l'opinion communiquée dans une telle lettre constitue néanmoins un élément de fait que les juridictions nationales peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords en cause avec les dispositions de l'article 85* ».

2. SUR LA POSSIBILITÉ DE SOUMETTRE LA PUBLICITÉ NON TARIFAIRE DES MEMBRES DU
RÉSEAU À AUTORISATION PRÉALABLE, NOTAMMENT LA PUBLICITÉ FAITE SUR INTERNET

88. Google France estime que Festina France ne peut soumettre la publicité non tarifaire effectuée par ses revendeurs à son autorisation préalable. Selon elle, « *le droit de revendre un produit s'accompagne nécessairement du droit d'utiliser la marque* ». Google France se fonde sur deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes : l'arrêt du 4 novembre 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, Rec. p. 6013) et celui du 23 février 1999, BMW/Ronald Karel Deenik (C-63/97, Rec. p. 905).
89. Toutefois, ces deux arrêts, qui confirment que des revendeurs n'appartenant pas au réseau de distribution d'un fournisseur peuvent utiliser la marque attachée aux produits de celui-ci pour procéder à des ventes de ces derniers à condition de ne pas porter atteinte à la renommée de la marque (et dont l'analyse reposait sur la prémisse de la régularité de l'approvisionnement de ces revendeurs), ne visent pas la question du contrôle par le fournisseur des opérations publicitaires faites au sein de son réseau. Or en l'espèce le contrat de distribution sélective de Festina France vise à organiser les conditions de première mise sur le marché des produits du groupe Festina Lotus par ses revendeurs agréés.

90. A cet égard, le fait de soumettre, sur le fondement de l'article 5 du projet de contrat de distribution de base et de l'article 8 du projet de contrat de distribution applicable à la vente par Internet, la publicité non tarifaire des détaillants à autorisation préalable n'apparaît pas contraire aux règles de concurrence, dès lors que ce contrôle repose sur le souci légitime de protéger la renommée de la marque et du réseau de distribution. Le Conseil a déjà admis une règle similaire, dans l'affaire dite de la porcelaine de Limoges (décision 99-D-78 du 15 décembre 1999), « *dès lors qu'elle visait la protection de la marque et qu'il n'était pas démontré que sous couvert de la protection, elle aurait eu pour but de permettre aux fournisseurs d'empêcher les campagnes publicitaires portant sur les prix* ». Dans cette décision, le Conseil s'est référé à la décision de la Commission européenne 92/428/CEE, du 24 juillet 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE au système de distribution sélective des parfums Givenchy (JOCE L 236, p. 11).

3. SUR LA POSSIBILITÉ DE SOUMETTRE LA CRÉATION DE LIENS INTERNET À AUTORISATION
PRÉALABLE

91. L'article 8 du projet de contrat applicable à la vente par Internet proposé par Festina France n'interdit pas aux détaillant de créer des liens depuis et vers d'autres sites. Il impose toutefois une autorisation écrite et préalable. Cette règle a fait aussi l'objet de critiques dans les observations faites au Conseil.
92. Dès lors qu'est admis un contrôle de l'usage publicitaire de la marque sous réserve que ce contrôle soit effectué dans le souci de protéger la renommée de la marque et du réseau de distribution, doit être admis dans la même mesure un contrôle de l'établissement de liens publicitaires sur Internet vers ou depuis des sites marchands ou non marchands.

93. Cependant, ce contrôle ne saurait concerner le simple référencement par des moteurs de recherche dits "naturels", opéré de manière automatique par des robots qui sillonnent et analysent en permanence les contenus disponibles sur Internet sans qu'aucune démarche particulière soit entreprise par les auteurs de ces contenus. Ces référencements et les liens qui en découlent ne feront en effet que renvoyer vers les sites des distributeurs agréés de Festina France dont cette dernière aura déjà pu vérifier le contenu.
94. Dès lors, exercer un tel contrôle sur les référencements « naturels » excèderait ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la marque et du réseau et porterait atteinte de manière excessive à la liberté commerciale du détaillant en freinant de manière injustifiée ses possibilités de ventes passives.

95. A l'occasion de la séance du 7 juin 2006, Festina France a à cet égard modifié les stipulations figurant à l'article 8 du projet de contrat. La proposition initiale d'engagements de Festina France était ainsi rédigée : « *article 8 : Publicité non tarifaire Le titulaire du site s'engage à ne réaliser aucune forme de publicité ou promotion non tarifaire des marques du groupe Festina de sa propre initiative, sans l'accord préalable et écrit de la société Festina France, sur la forme et le contenu de cette publicité ; Toute autre publicité réalisée sur le site, faisant la promotion d'autres produits*
d'horlogerie que les marques du groupe Festina, ne doit pas interférer avec ces dernières, ni être associée à elles, sans l'accord de Festina France ; Tout lien opéré avec des moteurs de recherche ou d'autres sites marchands ou non marchands doit être approuvé par la société Festina France. Le nom de domaine choisi par le titulaire du site ne doit pas porter préjudice aux autres membres du réseau de distribution ni à son organisateur, la société Festina France. Le nom de domaine choisi ne doit pas comporter tout ou partie de la dénomination Festina ou Festina France, ou de l'une des marques du groupe Festina ».
96. Le troisième alinéa de cette disposition a été remplacé par les deux alinéas suivants : « Tout lien opéré avec des sites marchands ou non marchands doit être approuvé par la société Festina France. Tout référencement par un moteur de recherche est autorisé ».

Cons. Conc. 5 oct. 2006

Décision du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma :

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 20 février 2002, sous le numéro 02/0030 F, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma ;

Vu la décision en date du 24 janvier 2006 procédant à la disjonction du dossier n° 02/0030 F en deux dossiers distincts, l'un sous le numéro n° 02/0030-1 F relatif à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma et l'autre sous le n° 02/0030-2 F relatif aux pratiques mises en oeuvre par la société Bang & Olufsen dans le même secteur ;

Vu le traité instituant la communauté européenne, notamment l'article 81 CE ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application, modifié par le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 ;
Vu les engagements proposés par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle, respectivement en date des 3 mars 2006, 31 mars 2006 et 26 octobre 2005 et les modifications ou compléments qui y ont été apportés ultérieurement ;
Vu les observations présentées par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries et par le commissaire du Gouvernement ;
Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries entendus lors de la séance du 11 juillet 2006 ;
Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES SECTEURS CONCERNÉS

1. LES PRODUITS

1. Les produits distribués par les systèmes de distribution sélective mis en cause sont des produits d'électronique grand public haut de gamme tels que les enceintes, les écrans, l'électronique son (tuner, ampli, lecteur CD, lecteur cassette) et l'électronique son et image (magnétoscope, lecteur DVD). Ces produits peuvent être commercialisés en éléments séparés, le cas échéant sous des marques différentes, ou en systèmes (systèmes d'enceintes, chaînes hi-fi, home cinéma).

2. LES FABRICANTS

2. Le marché des produits de l'électronique grand public en France est en forte croissance, notamment grâce à l'essor des ventes des produits home cinéma. On observe ainsi en 2000 une hausse de 27 % des ventes de téléviseurs 16/9ème, de 80 % des ventes de rétroprojecteurs et de 124 % des ventes de lecteurs DVD. Ce développement des ventes de l'électronique de l'image s'accompagne d'une hausse de 10 % des ventes en valeur des enceintes (tous types confondus) et, en particulier, des ventes d'enceintes en systèmes (+ 25%).

3. De nombreux fabricants d'électronique grand public sont présents sur le segment du haut de gamme et font distribuer leurs produits par le moyen de contrats de distribution sélective.

4. Un seul fabricant, Bang & Olufsen, a recours à un réseau de distributeurs distribuant exclusivement ses produits, les produits des autres marques étant proposés dans des points de vente multimarques.

3. LES DISTRIBUTEURS
5. Les ventes des produits hi-fi et home cinéma haut de gamme se répartissent entre les magasins traditionnels spécialisés qui assuraient, en 2000, 52 % des ventes en valeur et

40 % en volume, les « *multi-spécialistes* » ou grandes surfaces spécialisées, telles que les enseignes FNAC, Darty ou Boulanger (34 % en valeur et 38 % en volume en 2000) et les hypermarchés (11 % en valeur et 19 % en volume, en 2000). Les ventes de ces produits sont quasiment inexistantes dans le réseau des grands magasins ou dans la vente par correspondance.

B. LES ENTREPRISES

1. BOSE

6. Bose SAS est une filiale de Bose European Sales Services, elle-même filiale du groupe américain Bose Corporation, chargée de la distribution des produits Bose sur le territoire national. Son siège social est situé au 12 rue de Témara à Saint Germain en Laye (78).

7. Les produits Bose sont des produits audio-électriques et acoustiques de haute technicité, associés à une image de marque de grande notoriété, particulièrement réputés pour la miniaturisation des composants. Bose est, en outre, le créateur du premier home cinéma en 1983. La gamme vendue en France, incluant également les produits professionnels, comporte près de 200 références ; sur ce total, seules 27 sont vendues dans le cadre d'un réseau de distribution sélective (contrat « Partner 2000 ») qui comprend 176 distributeurs pour 586 points de vente. Bose SAS ne possède aucune boutique en nom propre.

8. Les prix de gros hors taxe des produits Bose vendus en distribution sélective s'échelonnent de 140 euros pour une enceinte classique à 3 140 euros pour un système home cinéma. En 2005, la société Bose France a réalisé un chiffre d'affaires de 25 millions d'euros.

2. FOCAL JM LAB

9. Focal JM Lab est une société anonyme, filiale du groupe familial français Focal Audio International. La gamme Focal JM Lab se compose d'une cinquantaine de références sur le marché de la hi-fi et du home cinéma caractérisées par une haute technicité et l'utilisation de matériaux nobles tel que le béryllium. Leur distribution s'effectue dans le cadre d'un réseau de distribution sélective qui comprend 24 détaillants agréés, hormis les produits très haut de gamme « *Utopia* » qui ne sont distribués que par trois distributeurs.

10. Les prix de gros hors taxe des produits Focal JM Lab s'échelonnent de 70 euros l'unité à 11 000 euros. Les ventes sur le territoire national représentent 26 % du chiffre d'affaires qui s'élevait, en 2005, à 31 millions d'euros.

3. TRIANGLE INDUSTRIES

11. La société Triangle Industries est l'un des rares fabricants français de matériel électroacoustique dans les gammes hi-fi, audio vidéo et leurs accessoires de haute et moyenne gamme. Elle propose une quarantaine de références distribuées sur le territoire national par près de 300 revendeurs dans le cadre d'une « *Charte Européenne de Qualité des Revendeurs Agréés Triangle Electroacoustique* ». La gamme Magellan donne lieu à un contrat particulier dit « *Contrat Européen des Revendeurs Agréés Magellan* ».

12. Les prix de gros hors taxes des produits Triangle s'échelonnent, pour la gamme hi-fi, de 100 euros pour une enceinte bibliothèque à 7 200 euros pour une enceinte colonne.

13. En 2005, la société Triangle Industries a réalisé un chiffre d'affaires de 11,05 millions d'euros mais cet exercice a été exceptionnellement de 18 mois. Sur une période de douze mois, le chiffre d'affaires se situe entre 7 et 8 millions d'euros.

C. L'ÉVALUATION PRÉLIMINAIRE DES PRATIQUES ALLÉGUÉES

14. Deux pratiques mises en oeuvre par certains fabricants dans le cadre de leur réseau de distribution sélective étaient dénoncées dans le rapport d'enquête réalisé par la direction nationale des enquêtes de concurrence (DNEC), daté du 10 août 2001 : le contrôle excessif des échanges à l'intérieur du réseau, d'une part, et les restrictions de vente passive, notamment en ce qui concerne la vente sur Internet, d'autre part. Depuis 2001, plusieurs sociétés ont modifié leurs contrats de distribution sélective de sorte que ceux-ci ne suscitent plus, à ce jour, de préoccupations concurrentielles. En revanche, des préoccupations de concurrence subsistent s'agissant des contrats de distribution des sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries et ces sociétés ont proposé d'y répondre par des engagements pris devant le Conseil. Le cas de la société Bang et Olufsen a été disjoint pour faire l'objet d'une instruction séparée.

15. La rapporteure a exprimé ses préoccupations de concurrence lors des auditions des représentants des sociétés Bose, JM Lab et Triangle Industries, respectivement les 17, 14 et 13 octobre 2005. Elle a estimé que l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits Focal JM Lab et Triangle Industries par les distributeurs agréés de ces deux marques n'est pas justifiée tandis que les conditions posées par Bose à ce type de vente sont trop restrictives. La rapporteure a considéré également que l'obligation faite aux distributeurs de Triangle Industries de communiquer au fabricant la comptabilité détaillée de toutes leurs livraisons intra-réseau en cas de « *présomption d'une violation des règles de vente propres au réseau* » est de nature à limiter de façon excessive les ventes à l'intérieur du réseau.

D. LA MISE EN OEUVRE DE LA PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS

16. Compte tenu de l'évaluation préliminaire de concurrence exposée ci-dessus et des engagements proposés par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries, et conformément à la procédure prévue au I de l'article L. 464-2 du code de commerce, un communiqué de procédure et un résumé des engagements proposés ont été publiés le 19 mai 2006 sur le site Internet du Conseil à l'attention des tiers potentiellement intéressés, la date limite de réception des observations étant fixée au 19 juin 2006.

1. LA SOCIÉTÉ BOSE

17. La société Bose propose de modifier son contrat de distribution sélective « *Partner 2000* » aux points suivants :

• en supprimant l'interdiction de vendre les produits concernés par le contrat sur Internet ou par correspondance faite à l'article 1.3 ;

• en reformulant les obligations des distributeurs énoncées à l'article 4.3 liées à la publicité et à la présentation des produits Bose visant à ce que ceux-ci respectent l'image de marque de Bose et maintiennent un environnement de qualité compatible avec la haute technologie de ses produits ;

• en supprimant l'article 4.7, qui posait la présomption qu'un distributeur ne respectait pas ses obligations s'il vendait les produits Bose *« à des prix anormalement bas* » ;

• en insérant à l'article 5.1 un nouveau point prévoyant des obligations de qualité s'imposant au site Internet du distributeur et l'insertion d'un lien permettant au client potentiel d'accéder au site officiel de la société Bose ;

• en modifiant à l'article 5.2 les heures de disponibilité de la permanence téléphonique du distributeur proposant les produits Bose sur Internet, pour les rendre compatibles avec les horaires d'ouverture du point de vente physique, et en prévoyant l'obligation de répondre aux messages laissés dans la boite vocale dans un délai de 24 heures ouvrées en dehors des heures de disponibilité de la permanence téléphonique ;

• en stipulant aux articles 5.3 et 5.4 que le vendeur qui effectue lui-même l'installation et l'après-vente des produits vendus via Internet n'est pas contraint par le rayon de 75 km du « *périmètre de service* » (situé autour du lieu de résidence du client) mais doit, s'il est dans l'impossibilité d'assurer ces services, s'assurer que ceux-ci seront réalisés par le distributeur Bose situé à l'intérieur de ce périmètre ;

• enfin, en prévoyant à la fin de l'article 5 l'obligation de désactiver le site Internet du vendeur pendant les périodes de fermeture de son magasin s'il n'est pas en mesure de livrer les commandes et d'assurer la permanence téléphonique.

2. FOCAL JM LAB

18. La société Focal JM Lab s'engage à conclure avec ses distributeurs un contrat spécifique à la vente sur Internet « *en complément des conditions générales et des autres contrats* », c'est-à-dire du contrat de distribution sélective et du contrat de distribution exclusive Electra. Le projet de contrat prévoit, pour l'essentiel :

• que les produits et la marque Focal soient présentés conformément à son image haut de gamme, en respectant les normes et codes graphiques de Focal, sur un site de qualité comportant un lien avec le site officiel de Focal ;

• la transmission à la société Focal JM Lab d'informations non confidentielles sur les ventes du distributeur agréé réalisées via Internet ;

• l'obligation pour les distributeurs de détenir en permanence un stock de produits permettant de satisfaire à la demande dans un délai maximum ;

• l'obligation de mettre en place un service d'assistance téléphonique disponible de 10 h à 12 h 30 et de 14 h à 19 h tous les jours ouvrables ;

• l'obligation d'assurer à la demande du client l'installation des produits et le service après-vente ;

• enfin, la possibilité pour le client de se rétracter dans le délai légal et d'être remboursé.

19. Cependant, Focal se réserve le droit de limiter, dans une annexe C à ce projet de contrat, la liste des produits pouvant être vendus par Internet en excluant les produits qui

nécessitent *« une association avec des électroniques et connectiques du même niveau et très haut de gamme* (…) » ainsi que « *la prise en compte de caractéristiques et particularismes acoustiques du lieu dans lequel seront installés ces produits (…)* » et qui intègrent « *des technologies électro-acoustiques de haut niveau et rares sur le marché (telles le tweeter à dôme inversé en Béryllium)* ».

20. Interrogé en séance sur la liste des produits qui pourraient être concernés par cette annexe C, le directeur administratif et financier de la société Focal JM Lab a indiqué qu'il s'agissait d'exclure de la vente sur Internet les gammes de produits « *Electra 1000 Be* » et « *Utopia Be* » qui correspondent au très haut de gamme de la marque.

3. TRIANGLE INDUSTRIES

21. La société Triangle industries s'engage à modifier la Charte européenne de qualité des revendeurs agréés :

• en réintroduisant la rédaction antérieure de l'article 13 de la charte applicable en 2000 qui autorisait la vente sur Internet, version qui avait ultérieurement été supprimée ; dans cette rédaction, l'article 13 prévoit, en particulier, l'approbation, par Triangle Industries, de la configuration du site Internet des distributeurs agréés, le respect par le site des normes et codes graphiques de la marque et de l'image de marque de la société Triangle Industries, un lien avec le site de la société Triangle Industries, l'interdiction de pratiquer des prix d'appel ou toutes autres offres promotionnelles susceptibles de remettre en cause la haute qualité des produits Triangle Industries, la mise en place d'un service d'information gratuit, d'un service de livraison, de mise en service, d'échange et de remboursement, et d'un service après-vente ;

• en supprimant, à l'article 6-8, la sanction de 500 euros qui s'applique à l'encontre d'un distributeur qui n'aurait pas respecté l'obligation d'agrément, par Triangle Industries, de tout projet d'action publicitaire de son distributeur ;

• en modifiant l'article 4 qui prévoit l'obligation, pour les distributeurs agréés, de communiquer à la société Triangle Industries la comptabilité détaillée de toutes leurs livraisons intra-réseau en cas de « *présomption d'une violation des règles de vente propres au réseau* », l'obligation de transmission de ces mêmes documents n'étant conservée que dans le seul cas où il serait nécessaire de vérifier les circuits de distribution.

22. Le Conseil n'a pas reçu d'observation de la part de tiers, à la suite de la publication des engagements proposés.

II. Discussion

23. Selon les dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil de la concurrence « *peut accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles ».*

24. S'agissant de restrictions verticales de concurrence, le Conseil se réfère au règlement (CE) n° 2790/99 de la Commission européenne du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, à des catégories d'accords verticaux

et de pratiques concertées, aux lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 et à la communication de la Commission du 22 décembre 2001 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE (*de minimis*). Le Conseil, comme il l'a confirmé dans de nombreuses affaires, applique le règlement précité et tient compte directement de ces communications en cas d'affectation du commerce entre Etats membres par les restrictions en cause et, dans le cas contraire, se réfère à ces textes à titre de guide d'analyse.

25. Dans ce cadre, le Conseil examine la présence ou l'absence, dans les accords de distribution mis en cause, de clauses constitutives de restrictions caractérisées de concurrence du type de celles énumérées à l'article 4 du règlement (CE) n° 2790/99 dites « *clauses noires* » ou à l'article 11 de la communication 2001/C 368/07, dénommées « *restrictions flagrantes* », c'est-à-dire, notamment, celles qui imposent des prix de vente, celles qui instituent des protections territoriales absolues ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs.

26. Le Conseil considère que les restrictions introduites par les accords de distribution peuvent, dans certains cas, entraîner des effets positifs pour les consommateurs ou pour la concurrence et que le caractère anticoncurrentiel de certains accords de distribution doit s'apprécier au regard du progrès économique pouvant résulter de leur application. S'agissant de fournisseurs détenant une part de marché inférieure à 30 %, comme c'est le cas en l'espèce pour les trois sociétés concernées par la présente procédure, ces effets sont présumés l'emporter sous réserve de l'absence de restrictions caractérisées, correspondant aux « clauses noires » mentionnées ci-dessus. Mais le Conseil peut également, dans son analyse, prendre en compte d'autres éléments comme un éventuel effet cumulatif de contrats de distribution dans un même secteur ou la présence dans les contrats d'obligations non éligibles à l'exemption mais détachables de l'accord, telles que celles visées à l'article 5 du règlement (CE) n° 2790/99.

27. Comme le Conseil l'a noté dans la décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, les restrictions, imposées par un fournisseur à ses distributeurs, à la vente de ses produits sur Internet doivent en premier lieu s'apprécier au regard de l'article 4 du règlement (CE) n° 2790/99 précité qui classe, parmi les restrictions emportant la non application de l'exemption par catégorie aux accords verticaux, « *les restrictions 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 »* (point c).

28. En second lieu, les lignes directrices de la Commission du 13 octobre 2000 relatives aux restrictions verticales précisent au point 51 que « c*haque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire la publicité ou vendre ses produits. Une restriction à l'utilisation d'Internet par les distributeurs ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou les ventes via Internet entraînent la réalisation de ventes* actives *vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs (…). Le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits (…). Cette remarque pourrait s'appliquer en particulier à la distribution sélective. L'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée.* » et, au point

53, que *« la restriction caractérisée visée à l'article 4, point c), du règlement d'exemption par catégorie (…) signifie qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective (…). Dans un système de distribution sélective, par exemple, le distributeur devrait être libre de faire de la publicité et de vendre via Internet »*.

29. Si aucun texte ne prévoit explicitement la possibilité, pour l'organisateur d'un réseau de distribution sélective, de réserver la vente sur Internet aux membres de son réseau, une telle solution apparaît bien, en l'espèce, compatible avec les règles applicables aux restrictions verticales. La Commission a d'ailleurs déjà admis la faculté pour un fournisseur de réserver la vente sur Internet à ses détaillants agréés dans le secteur, comme l'a souligné le Conseil dans sa décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France.

30. S'agissant du secteur des matériels hi-fi et home cinéma de moyen et haut de gamme, la Commission a déjà eu l'occasion de se prononcer dans le cadre d'échanges avec la société britannique B&W Loudspeakers qui fabrique et commercialise des enceintes de qualité. Dans une lettre adressée le 4 décembre 2000 à cette société (« statement of objections »), la Commission a considéré que l'interdiction de vendre sur Internet faite aux membres d'un réseau de distribution sélective doit être considérée comme une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/99 précité *(«* hard-core restrictions *»)* et a demandé au fabricant de modifier son contrat de distribution sélective, notamment sur ce point. Dans le communiqué du 24 juin 2002 qui met fin à ces échanges et qui valide le nouveau contrat de distribution sélective de B&W Loudspeakers (communiqué IP/02/916), la Commission relève que *« les revendeurs peuvent désormais lui demander d'effectuer des ventes à distance. Elle ne peut rejeter de telles demandes que par écrit et sur la base de critères ayant trait à la nécessité de maintenir intacte son image de marque et la réputation de ses produits. Ces critères doivent être appliqués de façon non discriminatoire et être comparables à ceux qui concernent les ventes effectuées dans un point de vente* ». Ces modifications ont été jugées « *satisfaisantes* » par la Commission qui a envoyé une lettre dite de classement administratif indiquant que *« B&W bénéficie désormais de la « sphère de sécurité » prévue par le règlement d'exemption par catégorie de 1999 applicable aux accords de distribution et autres accords verticaux »*.

31. De même, dans le communiqué de presse du 17 mai 2001 relatif au système de distribution sélective de la société Yves Saint Laurent Parfums ayant fait l'objet, elle aussi, d'une lettre de classement à la suite d'échanges avec l'autorité communautaire, la Commission déclare avoir « *souligné dans (ses) lignes directrices l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne et encourage une large diffusion de ce moyen moderne de communication et de commercialisation*. *En particulier, elle considère qu'une interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999* ».

32. Il ressort de l'ensemble de ces règles, éclairées par l'application qu'en a faite l'autorité de concurrence communautaire, que l'interdiction par principe de la vente sur Internet ne peut être justifiée sauf circonstances exceptionnelles, et que les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif visé et comparables avec celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé.

33. S'agissant des restrictions aux échanges à l'intérieur du réseau, la Commission européenne a admis, dans sa lettre précitée du 4 décembre 2000 adressée à la société B&W Loudspeakers, que des restrictions au commerce intra-réseau soient imposées aux distributeurs agréés à la condition que celles-si soient indispensables à la garantie de l'intégrité du système de distribution sélective**.** En revanche, l'obligation des distributeurs de demander l'accord préalable du fournisseur pour procéder à une vente intra-réseau ou une clause permettant au fabricant d'exercer un contrôle systématique sur ces ventes constituent selon elle une restriction de concurrence non justifiée.

34. Le Conseil constate que les engagements proposés par les sociétés Bose et Triangle Industries apportent une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées au stade de l'évaluation préliminaire. S'agissant de la vente sur Internet, ils permettent de concilier le respect de l'image de marque et de la haute technicité des produits avec l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique de nature à favoriser tant la concurrence intramarque qu'intermarque, au bénéfice du consommateur. L'engagement pris par la société Triangle Industries supprime une restriction injustifiée au commerce à l'intérieur de son réseau de distribution sélective.

35. En revanche, le Conseil a informé en séance la société Focal JM Lab que les clauses du contrat de vente sur Internet qu'elle proposait dans ses engagements, excluant par principe deux gammes de produits (gammes « Electra 1000 Be » et « Utopia Be »), n'étaient pas acceptables et lui a demandé de modifier l'annexe C de son contrat de vente sur Internet afin de permettre la vente sur Internet de ces gammes de produits dans des conditions satisfaisantes. La société Focal JM Lab a proposé que les produits dont l'annexe C précise les caractéristiques, qui correspondent aux produits des gammes « *Electra 1000 Be* » et « *Utopia Be* », c'est-à-dire les produits nécessitant « *une association avec des électroniques et connectiques du même niveau et très haut de gamme »* ainsi que « *la prise en compte de caractéristiques et particularismes acoustiques du lieu dans lequel (ils) seront installés* » et les produits qui intègrent « *des technologies électro-acoustiques de haut niveau et rares sur le marché (telles le tweeter à dôme inversé en Béryllium)* », pourront être vendus sur Internet aux clients pouvant attester d'une écoute préalable de ces produits chez un distributeur agréé et du bénéfice de conseils personnalisés pour leur installation. Le non-respect de ces conditions constituera une cause de résiliation du contrat de distributeur agréé dans un délai de trente jours.

36. Lors de la séance du 11 juillet 2006, le directeur administratif et financier de la société Bose a remis au Conseil la nouvelle version du contrat de distribution sélective « *Partner 2000* » intégrant, par anticipation, les engagements proposés au Conseil.

37. Dans un courrier électronique du 5 septembre 2006, le directeur administratif et financier de la société Focal JM Lab a déclaré que les nouveaux contrats comprenant l'annexe C relatifs à la vente sur Internet discutés devant le Conseil lors de la séance du 11 juillet 2006, sont en cours de signature.

38. Par courrier électronique du 7 septembre 2006, le directeur général de la société Triangle Industries a transmis au Conseil la version définitive de la charte européenne de qualité des revendeurs agréés telle qu'elle est maintenant éditée, intégrant les engagements souscrits devant le Conseil le 11 juillet 2006.

39. Le Conseil considère, au vu de ce qui précède, que les engagements modifiés proposés par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries répondent à ses préoccupations de concurrence et présentent un caractère crédible et vérifiable et décide qu'il y a donc lieu de les accepter et de clore la procédure.

DÉCISION

Article 1er : Le Conseil accepte les engagements présentés par les sociétés Bose et Triangle Industries consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective de façon à permettre aux distributeurs agréés de vendre les produits contractuels sur Internet. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision et sont reproduits en annexe.

Article 2 : Le Conseil accepte les engagements présentés par la société Focal JM Lab consistant en la rédaction d'un contrat spécifique pour la vente par Internet réservé aux membres de son réseau de distribution sélective. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision et sont reproduits en annexe.

Article 3 : Le Conseil accepte les engagements proposés par la société Triangle Industries consistant à supprimer de son contrat de distribution d'une part, à l'article 6-8, la mention relative à une sanction de 500 euros s'appliquant à l'encontre d'un distributeur qui n'aurait pas respecté l'obligation d'agrément, par Triangle Industries, de tout projet d'action publicitaire de son distributeur, et d'autre part, à l'article 4, l'obligation de communiquer à la société Triangle Industries la comptabilité détaillée de toutes leurs livraisons intra-réseau en cas de « *présomption d'une violation des règles de vente propres au réseau* », l'obligation de transmission de ces mêmes documents n'étant conservée que dans le seul cas où il serait nécessaire de vérifier les circuits de distribution. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision et sont reproduits en annexe.

Article 4 : Il est mis fin à la procédure enregistrée sous le numéro 02/0030F-1.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Correa de Sampaio, par Mme Perrot vice-présidente présidant la séance, MM. Honorat et Flichy, membres.

Cons. Conc. 8 mars 2007

Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle :

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la saisine d'office du 27 juin 2006 concernant des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ;
Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment l'article 81 CE ;
Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application, modifié par le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 ;
Vu la décision du rapporteur général du 30 octobre 2006 procédant à la disjonction de la présente affaire en deux saisines portant les numéros 06/0044-1F, relative à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et 06/0044-2F (06/0077F), relative aux seules pratiques mises en oeuvre par la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique ;
Vu les engagements proposés par les sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France (L'Oréal), Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage ;
Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, les sociétés Babelstore (Price Minister), Google France, Bijourama, le professeur X... et le docteur Y... ;
Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage, entendus lors des séances des 24 et 30 janvier 2007 ; ainsi que les représentants des sociétés Babelstore (Price Minister) et Google France, sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;
Adopte la décision suivante

I. Constatations

A. LA SAISINE
1. Par décision du 27 juin 2006, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. L'instruction de cette saisine s'est concentrée sur les pratiques consistant à refuser ou restreindre la vente en ligne de ces produits, de la part des sociétés les plus importantes de ce secteur en France (réalisant un chiffre d'affaires correspondant à une part de marché supérieure à 2 %).

B. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ
1. LES PRODUITS
2. Les produits distribués par les systèmes de distribution sélective concernés sont des produits haut de gamme et sont offerts avec un service de conseil délivré par une personne diplômée de pharmacie. Ils font partie du secteur plus large des produits

cosmétiques et d'hygiène corporelle.

3. En 2004, le total du chiffre d'affaires en France des produits cosmétiques vendus "*sur conseil pharmaceutique*" (c'est-à-dire bénéficiant du conseil offert par un diplômé de pharmacie), s'est élevé à plus de 1 356 millions d'euros. Ces ventes se répartissent entre les produits de beauté pour femme, pour homme, pour bébé, les produits capillaires, ceux d'hygiène buccale, de soins et les parfums selon le schéma ci-après.

2. LES FABRICANTS

4. Au sein des fournisseurs ayant recours à la distribution sélective, la concurrence intermarque apparaît vive en raison, notamment, de la nature des produits pour lesquels l'innovation joue un rôle majeur. Ainsi, dans les cinq dernières années, de nouvelles marques ont pu conquérir des parts de marché de l'ordre de 2 à 3 points, à l'instar de Nuxe et de Caudalie. Oenobiol, également, a rapidement conquis une part de marché en se concentrant sur les compléments alimentaires. La prépondérance des deux groupes leader -Pierre Fabre et l'Oréal (au travers de sa filiale Cosmétique Active France)- reste forte en raison tant de leur ancienneté sur le marché que de leur "*portefeuille*" de marques. Toutefois, le numéro 3 du marché –Johnson & Johnson Consumer France– occupe une place loin d'être négligeable avec 10,7 % du marché national en 2005.

3. LES DISTRIBUTEURS

- Les ventes des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique se repartissent entre les officines, les parapharmacies, les parfumeries et les espaces de parapharmacie ("*corners*") dans les grands magasins, magasins populaires ou grandes surfaces alimentaires (GSA). C'est seulement à partir de la fin des années 80 qu'il a été mis fin au monopole des officines dans la distribution de ces produits à la suite de la décision du Conseil du 9 juin 1987, relative à la situation de la concurrence dans la distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Il en résulte aujourd'hui une part toujours prépondérante des officines dans le circuit de distribution de ces produits. En 2004, les officines réalisaient en effet près de 64 % des ventes totales contre 15 % pour les parapharmacies et 13 % pour les grands magasins et grandes surfaces alimentaires ainsi que le montre le graphique ci-après.

4. LA VENTE EN LIGNE

- Les ventes sur Internet tous produits et services confondus ont dépassé en France la barre des 10 milliards d'euros en 2006 pour atteindre un total de 12 milliards, en hausse de 40 % par rapport à 2005. Le nombre de sites marchands a connu une hausse comparable (+ 44 %). Parmi ces créations, il est intéressant de noter, dans le cadre du présent dossier, d'une part la part croissante, égale à 6 % des ventes, que représentent les ventes hors du territoire français pour les sites qui exportent (qui représentent 43 % des sites) et, d'autre part, l'essor des sites intéressant la mode et la beauté, dont la croissance a été la plus forte en 2006. De grandes marques de luxe dans le domaine de la parfumerie, de la joaillerie ou des accessoires ne s'y sont pas trompées en développant récemment, en France ou à l'étranger, leurs propres sites de vente sur Internet. Ce développement récent s'appuie sur le constat que le "*coeur de clientèle*" des marques haut de gamme achète massivement sur Internet. Une récente étude du CREDOC montrait ainsi que

près de 80 % des français dont les revenus mensuels sont supérieurs à 4 500 euros achètent régulièrement sur Internet, ce taux tombant à 42 % pour les revenus compris entre 1 500 et 2 300 euros.

E. L'ÉVALUATION PRÉLIMINAIRE DES PRATIQUES ALLÉGUÉES

42. Ces préoccupations concernent les conditions trop restrictives ou l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits vendus en distribution sélective.

43. En l'espèce, la rapporteure a estimé que l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique prévue par Caudalie, Cosmétique Active France en ce qui concerne les produits la Roche Posay, Nuxe, Oenobiol et Uriage n'est pas justifiée tandis que les conditions exigeantes posées par les autres fabricants ou fournisseurs apparaissent trop restrictives.

Discussion

A. SUR LE CONTENU DES ENGAGEMENTS :

2. LA QUESTION DES RESTRICTIONS A LA VENTE SUR INTERNET :

97. Les critères d'aménagement des magasins, les conditions de présentation des produits en magasin, nécessaires pour garantir une distribution de qualité peuvent être adaptés à la distribution par Internet. Comme le rappellent les lignes directrices précitées, "*le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits (…)*", du moment que les restrictions posées à cette forme de vente sont proportionnelles à l'objectif visé et comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé et qu'elles n'aboutissent pas, en réalité, par leur exigence excessive, à vider la vente par Internet de son contenu. Les facilités d'accès au site, les capacités de connexion, la présentation des produits, la proximité de produits concurrents doivent être appréciées au regard des conditions applicables en magasin.

a) Les conditions relatives à la qualité du site Internet

98. Toutes les parties à la présente procédure demandent, dans leurs propositions d'engagements, que le site Internet de leurs distributeurs agréés respecte l'image de marque de leurs produits, ce qui implique, notamment, un soin particulier dans la présentation des produits et plus généralement la qualité du site : elles prévoient dans leurs contrats des clauses interdisant les slogans, images ou termes dévalorisants, ou imposant le respect de la charte graphique de la marque et l'utilisation des descriptifs des produits fournis par le fabricant ou, à défaut, l'obligation de soumettre à son accord préalable les descriptifs que le distributeur aura lui-même établis.

99. Au-delà d'une certaine limite, ces normes de qualité sont susceptibles de constituer une restriction sévère à la vente en ligne. Le Conseil a noté, dans les propositions qui lui étaient soumises, diverses clauses pouvant constituer une préoccupation de concurrence et les parties y ont apporté des réponses satisfaisantes.

100. Un premier problème était posé par l'exigence d'un site exclusivement réservé à la vente de produits vendus sur conseil pharmaceutique, comme le proposaient Bioderma, Expanscience et Uriage dans la première version de leurs engagements, ou, ce qui revient

au même, l'exigence comme Nuxe et Bioderma, d'un point de paiement réservé aux seuls produits dermo-cosmétiques.

101. Or, par cette exigence, les fabricants auraient obligé les distributeurs qui ne vendent pas exclusivement des produits dermo-cosmétiques sur conseil pharmaceutique, à créer un site dédié à ces seuls produits, ce qui aurait multiplié leurs coûts de création de sites, alors même que certains produits d'hygiène courante, telles que des brosses à dents, sont également vendus en officine et en parapharmacie. Indirectement, ces exigences revenaient également à interdire la vente des produits en cause sur des plates-formes de mise en relation. Cette interdiction pouvait se retrouver dans d'autres clauses plus explicites, sous la forme de l'exigence d'un site détenu et géré directement par le distributeur agréé.

102. Les parties concernées ont proposé d'exiger non plus un site mais un espace dédié dans le site, soit des "*pages dédiées*" dans le cadre d'une boutique virtuelle consacrée aux produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique. C'est ainsi que le projet d'avenant Internet de Lierac comporte la seule obligation de faire apparaître le site de vente des produits vendus sur conseil pharmaceutique de façon suffisamment identifiée comme un "*univers dédié*" si le site intervient également à travers un site généraliste. Le Conseil a par ailleurs souligné la forte préoccupation de concurrence qui découlerait de l'exigence d'un point de paiement spécifique en faisant prévaloir qu'il serait préjudiciable au consommateur de devoir engager plusieurs fois la procédure de paiement sécurisé s'il souhaite acheter les produits en question ainsi que d'autres produits vendus par le distributeur agréé, d'autant qu'au stade du paiement, il est impossible de "*revenir en arrière*", dans la procédure de commande par Internet, pour bénéficier éventuellement d'un dernier conseil personnalisé sans abandonner définitivement son "*panier d'achat*", à l'inverse de ce qui peut se passer dans un magasin physique. C'était pourtant la justification avancée pour imposer cette condition. Bioderma et Nuxe ont alors proposé de renoncer à cette condition restrictive.

103. S'agissant de la problématique des plates-formes, le Conseil note que ce canal de distribution pose encore des problèmes sérieux.

104. Ces plates-formes se présentent en effet comme des intermédiaires entre l'acheteur et le vendeur et il est fréquent que le vendeur "*professionnel*", qu'il convient de distinguer du vendeur "*particulier*" qui vend des produits d'occasion ou de seconde main, ne respecte pas son obligation d'identification, telle que prévue par la loi. Cependant, la plupart des plates-formes jouent un rôle actif dans le processus contractuel en proposant une garantie de paiement, en assurant parfois le transport des produits, ou en fournissant un cadre juridique aux parties. Il n'en demeure pas moins que le cocontractant de l'internaute acheteur demeure bien le vendeur professionnel, qui doit, dès lors, être identifié en tant que tel. Les plates-formes devraient donc être amenées à réviser leur stratégie commerciale pour intégrer cette exigence légale permettant à l'acheteur ou au concurrent de savoir qui est à l'origine de l'offre. S'agissant plus particulièrement des vendeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, la question se pose avec acuité des "*faux*" vendeurs professionnels qui ne sont pas agréés par les fabricants dont ils vendent donc les produits de manière illicite, notamment, par le biais des plates-formes. Dès lors, le Conseil ne peut que constater qu'existent, à l'évidence, des circuits de commerce parallèles, voire de contrefaçons, qui portent atteinte à l'intégrité des réseaux et à l'image

des produits en cause. Pour ces raisons, le Conseil estime que les craintes des fabricants de produits dermo-cosmétiques suscitées par ces pratiques illégales peuvent légitimer l'interdiction de ce canal de vente, tant que les plates-formes n'apportent pas de garanties supplémentaires sur la qualité et l'identité des vendeurs.

105. Sous ces réserves, il apparaît que les plates-formes ont la capacité, ainsi que l'a déclaré en séance le directeur juridique de Babelstore (Price Minister), de satisfaire aux critères qualitatifs de présentation des produits en cause dans des boutiques virtuelles réservées aux vendeurs agréés. Le Conseil note ainsi avec satisfaction que deux fabricants n'excluent pas par principe ce mode de mise en vente dès lors que les critères qualitatifs conditionnant la vente sur Internet de leurs produits sont respectés. La société Johnson & Johnson Consumer France autorise ainsi la vente sur plate-forme sous réserve que les obligations à la charge du distributeur agréé par Internet soient également respectées par la plate-forme, notamment celles visant à préserver la notoriété des produits et l'image de marque des produits Johnson & Johnson. Dans ses dernières propositions d'engagement, la société Rogé Cavaillès a proposé l'insertion d'un nouvel article 1.2 ainsi rédigé : "*Le distributeur souhaitant présenter et/ou commercialiser les produits Rogé Cavaillès dans une boutique virtuelle créée sur une plate-forme de vente en ligne devra respecter l'intégralité des dispositions visées dans la charte de distribution agréée et son avenant Internet, et à ce titre, en informer préalablement la société Rogé Cavaillès SAS afin d'obtenir son accord écrit, étant ici précisé que, d'une part, le distributeur autorise expressément la société exploitant la plate-forme de vente en ligne à communiquer si nécessaire, et à première demande de la société Rogé Cavaillès, toute information concernant l'identité précise de l'entité juridique exploitant la boutique virtuelle, et que, d'autre part, il s'interdit de créer une telle boutique virtuelle sur une plate-forme de vente dont le nom, la dénomination, le logo, et d'une manière plus générale, le signe distinctif, serait de nature à déprécier l'image de marque des produits Rogé Cavaillès, d'autre part*".

106. Des exigences de qualité des sites Internet d'un niveau excessif pouvaient aussi poser un problème. Caudalie exigeait ainsi dans son premier projet de contrat "*de vente à distance Internet*" l'insertion sur le site Internet de son distributeur, pour chacun de ses produits, d'une page distincte comprenant, notamment, une "*photo taille 10 cm non pixelisée - qualité 72 dpi (Pixel par pouce)*" (article 4). De la même manière, la première proposition d'engagements d'Uriage exigeait que soient incorporés sur le site du distributeur, à sa demande, toutes les photographies, films ou animations réalisés par Uriage (articles 2.2.4 et 2.3.1). Le problème se posait de l'effet cumulatif de toutes ces exigences, différentes pour chaque marque, leur cumul augmentant et compliquant singulièrement les obligations pesant sur le distributeur. Les fabricants concernés ont accepté de revoir leurs clauses dans le sens d'un "*allègement*" sans restreindre pour autant leur objectif de respect de l'image de marque de leurs produits.

b) Les conditions de disponibilité des "*hot lines*" (lignes d'assistance téléphonique ou en ligne)

107. La création d'une "*hot line*" sous forme de ligne téléphonique ou de messagerie électronique, les deux pouvant être cumulées, permet d'assurer, via Internet, le service de conseil personnalisé assuré par une personne diplômée de pharmacie en magasin. Les parties en présence ont adopté des dispositifs extrêmement différents en ce qui concerne les conditions de fonctionnement de ces "*hot lines*", exigeant des plages horaires et des délais maximums de réponse très variables.

108. Plusieurs fabricants, tels que Caudalie, Cosmétique Active France et Oenobiol, ont opté pour un délai de réponse maximum de 48 heures. Seul Nuxe a opté pour un délai plus long de 72 heures au maximum. D'autres, tels Bioderma et Uriage, et dans une moindre mesure Expanscience et Lierac, ont opté pour un délai de 24 heures maximums et de 48 heures pour les dimanches et jours fériés. Deux autres ont choisi des règles plus exigeantes : le premier, Johnson et Johnson Consumer France, souhaitait, dans sa première proposition d'engagements, exiger de ses "*distributeurs agréés pour Internet*" qu'ils apportent des réponses en ligne "*de manière immédiate dans la mesure du possible et en tout état de cause dans un délai de 12 heures hors dimanche et jours fériés*" et au plus tard dans un délai de 24 heures ; le second, Rogé Cavaillès, proposait un dispositif relativement complexe et des délais serrés : 6 heures maximums si les messages étaient laissés entre 9 heures du matin et 18 heures pendant les jours ouvrables ; 15 heures si les messages étaient laissés de 18 heures à 6 heures du matin pendant les jours ouvrables et 24 heures pour une demande d'information intervenant les dimanches et jours fériés.

109. En conséquence, se posait la question du niveau du seuil en dessous duquel les délais maximums de réponse aux demandes de conseil des internautes étaient susceptibles d'être considérés comme trop brefs et constituer de ce fait une restriction excessive non justifiée imposée au distributeur agréé qui, en raison de ces conditions trop sévères, se serait trouvé dans l'impossibilité d'assurer ce service.

110. Sensibles à ces préoccupations, Johnson et Johnson Consumer France a proposé de nouveaux engagements prévoyant que les réponses apportées par le "*Pharmacien Conseil*" aux questions adressées des internautes devaient intervenir "*en tout état de cause dans un délai de 12 heures ouvrées à compter de la demande du consommateur*" (article 6). La société Rogé Cavaillès a pour sa part proposé une modification de l'article 3 de son avenant Internet prévoyant un délai maximum de réponse aux questions des internautes de 24 heures pour les jours ouvrables et de 36 heures pour les jours fériés et le dimanche. Lierac a pour sa part porté le délai maximum de réponse à 48 heures en cas de question posée un dimanche ou un jour férié.

c) Les réserves ou les limitations formulées à l'encontre de la vente sur Internet

111. Certains des engagements proposés comportaient des limitations ou des restrictions indirectes à la vente sur Internet susceptibles de constituer une préoccupation de concurrence.

• Les réserves d'ordre quantitatif

112. Il s'agit, en premier lieu, de limitations du nombre d'articles achetés lors d'une commande sur Internet. Johnson & Johnson Consumer France prévoyait, dans ses premiers engagements (article 8 de son projet initial de convention), l'interdiction de répondre à une commande supérieure à 10 produits identiques sans lui demander préalablement son accord écrit. Uriage souhaitait pour sa part que ses distributeurs mettent "*en oeuvre un système interdisant au consommateur de pouvoir acheter plus de 5 unités de produits de chaque référence par commande*" ainsi qu'un système d'alerte permettant de détecter et d'informer immédiatement les Laboratoires d'Uriage "*lorsqu'une quantité supérieure à 24 unités d'un même produit aura été commandée par un même acheteur ou à une même adresse de commande ou de livraison pendant un durée de 1*

an" (article 3.2). Lierac quant à lui interdisait à ses distributeurs agréés de livrer plus de 3 unités d'une même référence par commande (point D-6 de son projet d'avenant Internet).

113. Le Conseil comprend que de telles clauses ont pour but d'éviter que ne se développe un commerce parallèle des produits en cause mais note que cette exigence n'existe pas pour la vente dans les points de vente physiques. En outre, il convient de ne pas limiter le commerce intra-réseau entre distributeurs agréés.

114. Les sociétés Nuxe et Oenobiol ont pour leur part préféré renvoyer le distributeur agréé à ses propres responsabilités en prévoyant l'engagement de ce dernier à "*ne pas satisfaire toute commande de produits qui serait anormale (en périodicité ou quantité) pour un consommateur final*" ou "*qui ne correspondrait pas à la consommation et à l'usage personnel d'un consommateur*".

115. Sensibles à ces préoccupations, les parties concernées ont modifié leurs propositions initiales dans les sens suivants : Johnson & Johnson Consumer France a proposé de modifier son dispositif afin que le distributeur puisse lui demander son autorisation y compris par courriel, ceci afin de faciliter et d'accélérer la procédure ; la société Caudalie a adopté un dispositif inspiré de celui de Johnson & Johnson ; la société Lierac a proposé d'augmenter le nombre de produits identiques pouvant être achetés lors d'une même commande de 3 à 5 unités ; les Laboratoires Uriage ont prévu l'obligation, pour le distributeur, de l'informer "*lorsque les quantités commandées dépassent dix unités d'un même produit de chaque référence par commande et/ou lorsqu'un même acheteur effectue un nombre de commandes ne correspondant pas à une demande normale pour un consommateur final*". Par ailleurs, les Laboratoires Uriage ont proposé d'améliorer la rédaction de leurs engagements afin de ne pas faire obstacle, dans la clause précitée, au commerce intra-réseau.

• Les réserves indirectes portant sur le principe même de la vente sur Internet

116. Dans sa première proposition d'engagements, Caudalie exigeait l'insertion permanente, dans l'espace réservé à la vente de ses produits sur le site Internet de son distributeur, d'un message recommandant "*à l'internaute de se rendre dans le(s) point(s) de vente physique(s) dont l'(les) adresse(s) est (sont) indiquée(s) sur le site où l'internaute y trouvera un service de conseil qualifié, direct et personnalisé*". Ce message pouvant donner à penser aux consommateurs potentiels que le conseil délivré sur Internet n'était pas de bonne qualité, Caudalie a accepté de le modifier en proposant que le site de son distributeur "*devra mentionner (…), sous forme d'un message apparent, que le distributeur assure un service de conseil personnalisé à l'internaute et que ce conseil est donné sous la responsabilité d'un pharmacien conseil. Il devra en outre préciser que l'internaute peut aussi se rendre dans un point de vente physique agréé afin d'avoir un conseil personnalisé avec le pharmacien sur les produits Caudalie et ce, en fonction du type de peau ou d'éventuels problèmes cutanés*".

117. De son côté, Cosmétique Active France proposait, à l'article 4.1 de ses projets d'avenants Internet pour Vichy et La Roche-Posay, d'interdire à ses distributeurs agréés "*d'offrir ou de pratiquer sur le site des prix, des conditions de vente, des opérations promotionnelles ou des techniques de fidélisation de la clientèle différents de ceux offerts ou*

pratiqués dans le point de vente physique". Cette clause se fondait, selon les déclarations en séance du représentant de la société, sur la conviction que la vente sur Internet, en raison de la nature des produits, ne peut être qu'une "*transposition imparfaite de la vente en magasin physique*" ; en conséquence, il convenait de ne pas favoriser la vente sur Internet des produits de Cosmétique Active France. Le Conseil ayant souligné la préoccupation très forte de concurrence que présentait cette clause, qui aurait eu pour effet d'interdire le développement des ventes en ligne de ces produits et de les empêcher de présenter un quelconque avantage pour les clients finals, la société Cosmétique Active France a proposé la suppression de cette clause.

• Les réserves liées à un contrôle des prix

118. Dans sa première proposition, Oenobiol interdisait à son distributeur de mettre en avant sur son site Internet "*une différence significative de prix public par rapport au prix moyen constaté sur les points de vente physique*" ; une telle clause pouvant porter atteinte à la liberté tarifaire du distributeur, Oenobiol a proposé de la supprimer.

119. De son côté, Caudalie proposait de soumettre à son accord préalable tout projet de publicité sur le site Internet "*tant sur la forme que sur le contenu*" (article 5). Consciente qu'une telle clause pouvait contrevenir à la liberté tarifaire du distributeur en contrôlant le contenu de ses opérations publicitaires, Caudalie a proposé de la modifier afin de prévoir que son accord préalable pour les opérations publi-promotionnelles de son distributeur serait nécessaire afin "*de vérifier que l'image de marque Caudalie est respectée*" en citant des cas d'interdiction relatifs à la forme de la publicité.

• Les réserves d'ordre sanitaire

120. S'agissant de la réserve précédemment citée formulée par le docteur Y..., le Conseil note que la vente sur Internet des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique ne fera pas échapper ces produits au dispositif de cosmétovigilance puisque la traçabilité d'un produit sera toujours possible et qu'il appartiendra toujours au distributeur agréé de signaler aux autorités sanitaires une réaction anormale à l'usage d'un produit que lui aurait signalé un consommateur.

B. SUR LA PORTEE DES ENGAGEMENTS :

133. Le Conseil constate que les engagements proposés par les sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage apportent globalement une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées au stade de l'évaluation préliminaire. Ils préfigurent une modification substantielle des contrats de distribution sélective de ces dix sociétés s'agissant de la vente sur Internet par les distributeurs agréés, vente dont les conditions sont clarifiées afin de concilier le respect de l'image de marque et la haute qualité des produits et l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique. Le Conseil constate que la possibilité ainsi donnée aux distributeurs agréés d'offrir ces produits sur leur site Internet peut aussi constituer une vitrine commerciale intéressante et un point d'entrée de clients potentiels vers leurs magasins physiques. La mise en ligne de leur prix sur les sites Internet des distributeurs agréés permettra en outre d'accentuer la concurrence tant intramarque qu'intermarque,

au bénéfice du consommateur. En outre, cette nouvelle possibilité donnée aux distributeurs agréés devrait leur permettre de concurrencer, dans des conditions saines et favorables aux consommateurs, les vendeurs illicites qui proposent les mêmes produits sur Internet, soit parce qu'ils ne sont pas agréés, soit parce qu'ils offrent des contrefaçons ou des produits d'occasion.

134. Cependant, certaines clauses présentes dans les propositions d'engagements ont exigé des aménagements ou des améliorations ou ont été jugées inacceptables par le Conseil en ce qu'elles posaient des restrictions trop sévères à la vente sur Internet de par leur caractère disproportionné par rapport à l'objectif ou par leur caractère illégal.

135. A l'issue de discussions tenues avec les parties au cours de la séance, le Conseil a accepté les modifications suivantes :
1. LE LABORATOIRE BIODERMA

136. La société Bioderma a transmis au Conseil le 30 janvier 2007 une nouvelle version de ses engagements qui prévoit, par rapport à sa proposition initiale :
• de remplacer l'exigence d'un site exclusif et d'un point de paiement réservé aux produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique par l'exigence d'un "espace dédié" sur un site ne devant pas contrevenir à l'image de marque des produits Bioderma ;
• de transformer l'obligation d'envoyer des échantillons avec toute commande en simple "possibilité" ;
• de supprimer l'interdiction d'utiliser le nom de la marque comme mot clef en obligation "de ne pas contrevenir à l'image" dans le nom de domaine du site.

2. CAUDALIE

137. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 31 janvier 2007, la société Caudalie a apporté les modifications suivantes par rapport à sa proposition d'initiale :
• un allègement de ses exigences relativement fortes relatives à la présentation des produits ;
• une réécriture du message permanent devant être inséré sur les pages du site consacrées aux produits Caudalie afin de ne pas décourager l'achat sur Internet ;
• une suppression du contrôle des opérations publicitaires du distributeur "tant sur la forme que sur le contenu" et son remplacement par un système d'accord préalable pour toute opération de publicité ou campagne promotionnelle réalisée par le distributeur, dans le but exprès de vérifier que l'image de marque Caudalie est respectée ;
• l'insertion d'une clause de résiliation ;
• l'insertion d'une clause prévoyant l'information préalable de Caudalie pour toute commande de 10 produits identiques achetés lors d'une même commande.

3. COSMÉTIQUE ACTIVE FRANCE

138. Dans la dernière version de ses engagements présentée pour les marques Vichy et la Roche Posay, adressée au Conseil le 26 janvier 2007, la société Cosmétique Active France (L'Oréal) a proposé de supprimer la clause d'interdiction de pratiquer sur le site Internet du distributeur agréé des "prix, des conditions de vente, des opérations promotionnelles ou des techniques de fidélisation de la clientèle différents de ceux offerts ou pratiqués

dans le point de vente physique".

4. EXPANSCIENCE

139. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 31 janvier 2007, la société Expanscience a proposé :
• de substituer à l'exigence d'un site exclusivement dédié aux produits vendus sur conseil pharmaceutique l'exigence d'une boutique virtuelle dont certaines pages du site seraient exclusivement dédiées à ces produits ;
• de mettre en place un dispositif d'information préalable pour contrôler le référencement payant du site dans le but exprès de veiller au respect de l'image de marque des produits Expanscience ;
• de prévoir l'engagement du distributeur agréé de répondre aux demandes des consommateurs et de traduire les questionnaires sur les problèmes dermatologiques "dans les langues correspondant aux pays où le distributeur agréé accepte de livrer les produits" ;
• de prévoir l'envoi d'échantillons avec toute commande de produits Expanscience dans la limite des stocks disponibles ;
• d'allonger les délais de livraison de 48 heures à 72 heures.

5. JOHNSON & JOHNSON CONSUMER FRANCE

140. La société Johnson & Johnson Consumer France a proposé, dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 29 janvier 2007, de modifier les délais de réponse maximum de la "hot line" afin de régler le problème des jours ouvrés et d'accepter que l'accord préalable, que doit recueillir le distributeur auprès de Johnson & Johnson Consumer France pour toute vente de plus de 10 produits identiques, puisse être demandé par courriel et non pas seulement par courrier.

6. LIERAC

141. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 1er février 2007, la société Lierac a modifié son projet initial d'avenant Internet en proposant :
• de porter de 24 heures à 48 heures le délai maximum de réponse de la "hot line" pour les questions posées durant les jours non ouvrés et d'allonger les délais de livraison de 48 heures à 72 heures ;
• d'augmenter de 3 à 5 unités le nombre de produits identiques pouvant être vendus au cours d'une même commande ;
• de soumettre à un dispositif d'information préalable les référencements payants et l'usage de la marque par le distributeur agréé dans des conditions d'encadrement précises liées au respect de l'image de marque des produits Lierac.

7. NUXE

142. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 2 février 2007, le Laboratoire Nuxe a modifié sa proposition initiale d'engagements en précisant les critères de contrôle du référencement payant, qui doivent avoir pour objet la préservation de l'image et la réputation de la marque et en supprimant l'exigence d'un point de paiement réservé aux seuls produits dermo-cosmétiques.

8. LE LABORATOIRE OENOBIOL

143. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 30 janvier 2007, le Laboratoire Oenobiol a proposé de supprimer la clause interdisant au distributeur agréé de pratiquer sur son site "une différence significative de prix public par rapport au prix moyen constaté sur les points de vente physiques" ainsi que la clause exigeant que la place accordée sur le site pour les produits de parfumerie ou de beauté éventuellement commercialisés sur le site soit en adéquation avec les parts de marché de chaque marque par rapport à celle des produits Oenobiol.

9. ROGÉ CAVAILLÈS

144. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 30 janvier 2007, la société Rogé Cavaillès a proposé de modifier le dispositif relatif à la "hot line" en prévoyant des délais maximum de réponse de 24 heures pour les jours ouvrables et de 36 heures pour les jours fériés et le dimanche. Elle a également proposé l'insertion d'une nouvelle rédaction de l'article 1.2 précité à son projet d'avenant Internet ouvrant la possibilité à ses distributeurs agréés de recourir à une plate-forme de vente en ligne à la condition que cette dernière respecte "l'intégralité des dispositions visées dans la charte de distribution agréée et son avenant Internet" et sous réserve d'en informer préalablement la société Rogé Cavaillès SAS afin d'obtenir son accord écrit.

10. URIAGE

145. Les Laboratoires dermatologiques d'Uriage ont transmis au Conseil une nouvelle version de leurs engagements le 29 janvier 2007, qui apporte à leur proposition initiale les modifications suivantes :
• un léger allègement des exigences de qualité du site et l'abandon de l'exigence d'un site exclusif pour les produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique au profit de la notion d'"espace dédié" ;
• la précision selon laquelle le contrôle préalable des référencements payants s'effectue afin de veiller au respect de l'image de marque d'Uriage et de ses produits ;
• la mise en place d'un dispositif d'information préalable du fabricant pour toute commande dépassant 10 unités d'un même produit ou lorsque l'acheteur effectue un nombre de commandes manifestement anormal pour un consommateur final, sans que cela fasse obstacle aux ventes intra-réseau ;
• la suppression de l'exigence de l'usage exclusif de la langue française et la possibilité de décliner le site dans une autre langue à la condition que le conseil personnalisé délivré par le pharmacien-conseil et les traductions soient assurées dans cette langue de manière pertinente.

146. Sous réserve de ces modifications, le Conseil accepte les engagements des sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage.

Cons. Conc. 29 octobre 2008

Décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques :

Le Conseil de la concurrence (Section I),
Vu la saisine d'office du 27 juin 2006 concernant des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ;
Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment l'article 81 CE ;
Vu le livre IV du code de commerce ;
Vu la décision du rapporteur général du 30 octobre 2006 procédant à la disjonction de la présente affaire en deux saisines portant respectivement les numéros 06/0044-1 F, relative à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et 06/0044-2 F (06/0077 F), relative aux seules pratiques mises en oeuvre par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ;
Vu les observations présentées par Pierre Fabre SA et Pierre Fabre Dermo-Cosmétique et par le commissaire du Gouvernement ;
Vu les autres pièces du dossier ;
La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, les représentants de la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques et de la société Pierre Fabre SA et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 17 septembre 2008 ;
Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. Par une décision en date du 27 juin 2006, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Par une décision n° 07-D-07 en date du 8 mars 2007, le Conseil a accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par les entreprises concernées, à l'exception du groupe Pierre Fabre, consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective afin de prévoir la possibilité pour les membres de leur réseau de vendre leurs produits sur Internet.

2. LES CONTRATS DE DISTRIBUTION DES PRODUITS COSMÉTIQUES ET D'HYGIÈNE CORPORELLE

19. Les contrats de distribution du groupe Pierre Fabre, relatifs à la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, concernant les marques Klorane, Avène, Galénic et Ducray, et émis par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, précisent que les ventes doivent être réalisées dans un espace physique, dont les critères sont définis avec précision, et 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 quatre marques précitées stipulent en effet : « *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 définie au paragraphe 1.4 ci-après,

- 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 (…) ».

20. Cette exigence a été rappelée par les représentants du groupe Pierre Fabre au cours de leur audition : « Oui, nous exigeons la présence d'un personnel diplômé en pharmacie ou équivalent reconnu dans les points de vente. C'est une condition d'agrément pour la distribution de nos produits. Il y a une formation régulière de notre personnel à l'utilisation des produits en particulier lors du lancement d'un nouveau produit ».

21. Elle exclut *de facto* toutes les formes de vente par l'intermédiaire d'Internet.

22. Au cours de leur audition du 11 mars 2008 par la rapporteure, les représentants de Pierre Fabre SA et Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (ci-après PFDC) ont expliqué les raisons ayant conduit le groupe Pierre Fabre à interdire la vente de ses produits sur Internet : « *La conception de ces produits nécessite le conseil d'un spécialiste pharmacien du fait de l'activité de ces produits développés dans une optique de soins. L'effet corollaire est que si des circuits sans conseil se développent, les pharmacies vont refuser de rendre le conseil. Nos produits répondent à des problématiques de peau particulières, comme des peaux intolérantes, avec un risque de réaction allergique. Nous considérons de ce fait que la vente sur Internet ne répondrait pas aux attentes des consommateurs et des professionnels de santé sur nos produits et par conséquent aux exigences que nous fixons dans nos conditions générales de vente. Ces produits sont aussi recommandés par le corps médical (pédiatres, dermatologues)(…*) ».

23. PFDC interdit la vente de ses produits sur Internet en raison de la nature des produits développés dans une optique de soins et auxquels l'entreprise souhaite associer une image médicale. Selon cette société, cette exigence suppose la présence d'un professionnel de santé, le pharmacien, qui, afin d'apporter aux consommateurs les recommandations appropriées, doit voir les clients pour évaluer leurs pathologies, et exclut la vente sur Internet.

24. PFDC indique aussi vouloir éviter le développement parallèle de circuits de distribution ne dispensant pas de conseil, que le groupe estime négatif à la fois pour son image et pour les pharmaciens fournissant ce service.

E. LE GRIEF NOTIFIÉ

25. Sur la base de ces constatations, il a été fait grief à la société Pierre Fabre SA et à sa filiale la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique d'empêcher leurs distributeurs agréés de vendre sur Internet les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de marques Klorane, Avène, Ducray et Galénic, en infraction avec les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité.

26. Ce grief concerne l'interdiction faite par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, à ses distributeurs agréés qui disposent de points de vente physiques avec la présence obligatoire d'un pharmacien, de développer la vente de leurs produits par Internet.

II. Discussion

D. SUR LES PRATIQUES

2° L'appréciation de la pratique

55. Les deux étapes rappelées plus haut seront suivies pour les besoins de la démonstration : le caractère restrictif de concurrence par objet de la pratique en cause au sens des articles 81 §1 du traité et L. 420-1 du code de commerce ; l'examen des justifications apportées par les parties en cause au regard du paragraphe 3 de l'article 81 du traité et du 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce.
a) La restriction de concurrence et son éventuelle exemption « par catégorie »

56. Les contrats de distribution sélective signés entre PFDC et ses distributeurs prévoient que la vente de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sera exclusivement effectuée au sein d'un espace physique, en présence d'un docteur en pharmacie. Ce système prohibe donc la vente par Internet.

57. En imposant à ses distributeurs agréés une interdiction de vente des produits sur Internet, la société PFDC limite d'emblée la liberté commerciale de ses distributeurs en excluant un moyen de commercialisation de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. De ce fait, elle restreint le choix des consommateurs désireux d'acheter par Internet et empêche les ventes aux acheteurs finaux qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise « physique » du distributeur agréé. L'utilisation d'Internet permet en effet aux consommateurs de visiter le site d'un distributeur, de commander le produit et de se le faire livrer, sans avoir à se déplacer.

58. L'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre les produits du groupe Pierre Fabre par Internet prive ceux-ci de la faculté de prospecter des clients par l'envoi de messages ou de satisfaire à des demandes non sollicitées adressées sur leur site. Cette pratique équivaut donc à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs.

59. L'interdiction de vente sur Internet qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation de concurrence 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 ces biens à des distributeurs non agréés.

60. La part de marché des produits Pierre Fabre étant inférieure à 30 %, il y a lieu de rechercher si la pratique restrictive de concurrence est exemptable par catégorie, ce qui nécessite qu'elle ne comporte pas de restriction caractérisée. Bien que la pratique d'interdiction de vente par Internet ne soit pas expressément visée dans le règlement communautaire, elle équivaut, comme il a été dit au paragraphe 65, à une interdiction de ventes actives et passives. En conséquence, pratiquée au sein d'un réseau de distribution sélective, elle constitue, en vertu du c) de l'article 4 du règlement une restriction caractérisée : sont telles « *les restrictions 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 ».* Ces restrictions ne peuvent bénéficier de l'exemption automatique du règlement.

61. La Commission a précisé au point 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) : « La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c, du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective. Cela signifie **qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective**, tel qu'il est défini à l'article 1er point d), du règlement quant aux utilisateurs ou aux agents d'achat agissant au nom de ces utilisateurs, auxquels ils sont autorisés à vendre. **Dans un système de distribution sélective, par exemple, le distributeur devrait être aussi libre de faire de la publicité et de vendre via internet**… » (C'est le Conseil qui souligne).
La réponse aux moyens des parties

62. La société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique souligne que, selon la lecture qu'elle fait de l'article 4) c), l'animateur d'un réseau conserve le droit d'interdire des ventes par un distributeur agréé *« à partir d'un lieu d'établissement non autorisé »*, afin que les critères posés par le réseau ne soient pas contournés. Elle en conclut que l'interdiction de vendre sur Internet est précisément couverte par cette exception, Internet étant en l'occurrence un établissement non autorisé puisque virtuel. L'interdiction de vente par Internet ne constituerait donc pas une restriction caractérisée au sens du règlement (premier point). Pierre Fabre Dermo-Cosmétique dénie toute valeur juridique aux lignes directrices (deuxième point), mais expose que si l'interdiction de vente sur Internet était une restriction caractérisée au sens du règlement, aucune justification ne serait admise dans les lignes directrices, au stade de l'examen des conditions du paragraphe 1 de l'article 81 ; or, au point 51, celles-ci disposent que « *l'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée* « (troisième point). Pierre Fabre Dermo-Cosmétique prétend ensuite qu'à supposer même l'interdiction de vente par Internet constitutive d'une pratique restrictive caractérisée, il incomberait à l'autorité de concurrence de démontrer l'objet ou l'effet de la pratique grâce à un examen individuel de la pratique que la rapporteure n'aurait pas effectué en l'espèce (quatrième point). Les parties ajoutent que, compte tenu du maillage exceptionnel et homogène constitué par les points de vente physiques des distributeurs (23 000), tous les consommateurs ont accès aux revendeurs Pierre Fabre Dermo-Cosmétique et qu'ainsi, la pratique est dépourvue de tout effet sur la concurrence intra marque : « *l'option supplémentaire d'Internet n'apportera aucun effet concret puisque les consommateurs finals ont déjà de multiples revendeurs à leur disposition, qu'ils peuvent mettre en concurrence* »

(cinquième point). Enfin, elles citent un certain nombre de jugements et d'arrêts qui établiraient, selon elles, la licéité de l'interdiction de vente par Internet par un fournisseur (sixième point).

63. Mais sur le premier point, il convient de noter qu'un site Internet n'est 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. Ainsi que le déclarait un pharmacien au cours de l'instruction, la vente sur Internet « *n'est qu'un façon différente, moderne, d'entrer dans mon officine autre que la porte d'entrée, le téléphone, le fax ou le courrier et qui en sont les moyens classiques* » (cotes 539 et 540).

64. Cette position est confortée par le paragraphe 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales qui commente ces dispositions en ces termes : « *En outre, dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer* ***la localisation de ses locaux commerciaux****. Ainsi, il peut être interdit aux distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité dans des* ***locaux*** *différents ou d'ouvrir un nouveau* ***magasin dans un autre lieu.*** *Si le point de vente du distributeur est mobile (point de vente aménagé dans un véhicule) une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile* » (C'est le Conseil qui souligne).

65. Sur le deuxième point, s'il est exact que les lignes directrices de la Commission ne sont pas contraignantes pour les juridictions ou les autorités de concurrence des Etats membres, elles exposent l'interprétation de la Commission sur les textes qu'elles ont pour objet de commenter (règlement de 1999 ou paragraphe 3 de l'article 81 par exemple) et les orientations de sa pratique décisionnelle, à la lumière de la jurisprudence communautaire. Elles constituent donc des guides d'analyse utiles pour l'application de ces textes, garantissant dans une certaine mesure l'application uniforme du droit communautaire au sein du réseau des autorités de concurrence européennes dont la Commission est la garante, sous le contrôle des juridictions communautaires.

66. Sur le troisième point, il convient de noter que les justifications admises à l'interdiction de vente par Internet ne sont prévues que pour la distribution exclusive. En effet, par nature, ces systèmes de distribution permettent d'attribuer une zone territoriale exclusive aux distributeurs. Il est interdit aux distributeurs exclusifs de prospecter activement les clients des autres distributeurs exclusifs (interdiction de ventes actives) ; il leur est simplement permis de répondre passivement aux demandes de ces clients, sans les avoir au préalable sollicités, (ventes passives possibles). Dans ces cas, « *une restriction à l'utilisation d'Internet par les distributeurs (exclusifs) ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou la vente via Internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs* » (point 51 des lignes directrices qui interprètent le b) de l'article 4 du règlement). Selon ce point 51, une interdiction totale de vente par Internet ne pourrait être envisagée que *« si elle est objectivement justifiée »*. Même si la Commission ne mentionne pas explicitement ce qu'il faut entendre par cette expression, elle se réfère à l'interdiction de sites spécialement conçus pour atteindre la clientèle exclusive des autres distributeurs.

67. Sur les quatrième et cinquième points, il convient de renvoyer aux explications

figurant aux paragraphes 44 et suivants de la présente décision : les pratiques caractérisées au sens du règlement d'exemption constituent des restrictions de concurrence par objet, sans qu'il soit nécessaire de démontrer plus en détail en quoi cet objet est restrictif de concurrence, ni d'analyser les effets des pratiques.

68. Sur le sixième point enfin, il convient d'examiner les décisions ou arrêts cités par les parties.

69. Les parties prétendent que certains précédents ont déjà évalué ce type de clause et n'ont retenu aucune restriction de concurrence. En particulier, dans sa décision du 16 décembre 1991, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité (IV/33.242- Yves Saint Laurent Parfums), la Commission aurait considéré que l'interdiction de vente par correspondance imposée à ses distributeurs par la société Yves Saint Laurent ne constituait pas une restriction de concurrence. Les parties font aussi valoir que le tribunal de commerce de Paris a, le 30 juin 2008, condamné les sociétés eBay Inc et eBay international pour avoir commercialisé en ligne des produits qui ne pouvaient être revendus que dans des points de vente physiques, du fait de la spécificité des produits en cause.

70. Mais il est manifeste que les cas cités sont inopérants en l'espèce. D'une part, une comparaison avec la vente par correspondance doit être écartée (décision Yves Saint Laurent) car celle-ci ne peut offrir au consommateur ni la vitrine de présentation, ni l'interaction, au travers notamment de l'existence d'une « hot line » et de l'utilisation de films, qu'est susceptible d'offrir un site de vente en ligne. D'autre part, le jugement du tribunal de commerce de Paris concerne les sociétés de vente Ebay Inc et Ebay international qui sont des plates-formes de vente en ligne ne répondant à aucun des critères de la distribution sélective imposés par les fabricants de parfums en cause ; elles ne disposent d'aucun point de vente physique et commercialisent des produits de toutes sortes. Ces plates-formes mettent en effet en relation des acheteurs et des vendeurs dont certains ne sont pas agréés et vendent donc illicitement des produits. Leur situation est donc très différente de celle de distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique répondant à l'intégralité du cahier des charges imposé par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, et auxquels la vente sur Internet est interdite.

71. Les cas de jurisprudence évoqués par les parties ne contredisent donc pas l'analyse du Conseil, qui se trouve, au contraire, confortée par des précédents communautaires. La Commission a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'interdiction de vente par Internet à propos du système de distribution sélective mis en place par la société B&W Loudspeakers qui fabrique et commercialise des enceintes de qualité. Dans une lettre adressée le 4 décembre 2000 à cette société, la Commission a considéré que l'interdiction de vendre sur Internet faite aux membres d'un réseau de distribution sélective devait être considérée comme une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/99 et a demandé au fabricant de modifier son contrat de distribution sélective, notamment sur ce point. Le communiqué de presse du 24 juin 2002 de la Commission montre que la Commission a accepté d'autoriser le système de distribution sélective mis en place par cette société après qu'elle ait modifié ses contrats afin d'autoriser les ventes sur Internet (communiqué IP/02/916).

72. Par ailleurs, la Commission a, le 17 mai 2001, autorisé le système de distribution

sélective de la société Yves Saint Laurent Parfums (YSLP). Le communiqué de presse relatif à cette décision est ainsi rédigé : « *La Commission a souligné dans ses lignes directrices l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne et encourage une large diffusion de ce moyen moderne de communication et de commercialisation. En particulier, elle considère qu'une interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999. Le système YSLP satisfait aux conditions d'exemption posées par ce règlement. En effet, YSLP a fixé des critères de sélection autorisant ses détaillants agréés, exploitant préalablement un point de vente physique, à vendre leurs produits également par Internet* ». Même si ces affaires ont fait l'objet d'une simple lettre administrative de classement, l'opinion exprimée par la Commission à cette occasion constitue un élément utile pour les autorités de concurrence lorsqu'elles examinent un accord.

b) Sur l'exemption individuelle

73. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique prétend que la pratique litigieuse contribue à améliorer la distribution des produits dermo-cosmétiques en prévenant les risques de contrefaçon (premier point), et de parasitisme entre officines agréées (deuxième point). Elle garantirait le bien-être du consommateur grâce à la présence physique du pharmacien lors de la délivrance du produit (troisième point). Enfin, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique expose que la distribution par Internet n'apportera aucun surcroît de concurrence sur le marché des produits dermo -cosmétiques et notamment aucune baisse des prix de détail (quatrième point).

74. Mais il incombe à l'auteur d'une pratique restrictive de concurrence qui veut bénéficier d'une exemption individuelle sur le fondement du paragraphe 3 de l'article 81 du traité et du 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce, de démontrer le progrès économique découlant de cette pratique et le caractère indispensable de la restriction de concurrence pour obtenir ces avantages. Ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 17 juin 1992 (Compagnie générale de vidéocommunication) : « *il appartient aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles de démontrer, non seulement que ces actions comportent des avantages économiques, mais encore que ceux-ci sont suffisants pour compenser les incidences des pratiques sur la concurrence* ».

75. Sur le premier point, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne démontre pas en quoi la restriction de concurrence litigieuse serait nécessaire pour garantir une meilleure surveillance de son réseau de distribution. En effet, la possibilité, reconnue à la société mise en cause, de réserver à ses propres distributeurs agréés la vente des produits par Internet permet d'atteindre cet objectif. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique pourrait contrôler la qualité des sites de ses propres distributeurs agréés et combattre plus facilement les ventes sur les sites non autorisés. Cet argument a été soutenu par le directeur juridique des Laboratoires Liérac, fabricant de dermo-cosmétiques, qui, dans un courrier daté du 10 septembre 2008 versé aux débats, écrivait (page deux) : « *Cependant, pour répondre à la prolifération d'acteurs incontournables agissant depuis l'extérieur de l'Union Européenne, il nous a semblé opportun d' « occuper le terrain du commerce en ligne » d'une façon plus conforme à nos critères de distribution* ».

76. Sur le deuxième point, il convient de rappeler que le parasitisme consiste dans le fait, pour une entreprise, de tirer bénéfice des actions ou des efforts engagés par une autre,

sans en partager les coûts. Le consommateur peut notamment se rendre dans les points de vente physiques où le produit est mis en valeur, peut être testé et peut faire l'objet de démonstration ou de conseils. Ces services à la clientèle sont le fruit d'investissements du point de vente ou du réseau. Le consommateur peut ensuite être tenté, une fois son choix arrêté, d'aller sur Internet pour acheter le produit. La vente sur Internet peut donc être, dans certaines circonstances, source de désavantages entre vendeurs et, si elle est susceptible d'entraîner indirectement la disparition ou la raréfaction de certains services ou de certains vendeurs, peut induire des effets moins positifs pour le consommateur. Tel serait par exemple le cas si des distributeurs vendaient par Internet sans disposer de magasins physiques (« pure players »).

77. En l'espèce, le choix, par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, d'un système de distribution sélective, avec présence d'un pharmacien dans les lieux de vente, garantit que le service de conseil est dispensé dans toutes les officines agréées et que chacune en supporte le coût. Il est dès lors impossible qu'une pharmacie agréée qui disposerait d'un site Internet puisse tirer bénéfice des conseils dispensés par une autre officine agréée sans en partager les coûts. L'éventualité évoquée par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique que certaines officines n'auraient pas les moyens de se doter d'un site et souffriraient du « parasitisme » des autres, les consommateurs demandant des conseils dans les premières et achetant sur les sites des secondes, n'est étayée d'aucun commencement de preuve . Au demeurant, si cette pratique était avérée, elle ne pourrait être qualifiée de « parasitisme ». La différence d'équipements entre officines n'aurait aucun effet sur le comportement des consommateurs, selon les hypothèses retenues par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique elle-même, selon lesquelles la distribution par Internet ne génèrerait aucune baisse des prix de détail et donc aucune incitation pour les consommateurs.

78. Sur le troisième point, le Conseil note que les cosmétiques ne sont pas des médicaments : 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. En outre, l'établissement d'un diagnostic n'entre pas dans les pouvoirs d'un pharmacien, seul le médecin y étant autorisé. S'il est exact que l'usage de produits cosmétiques est souvent prescrit par le médecin lors d'un traitement dermatologique, c'est à titre d'accompagnement et non à titre curatif, cet accompagnement restant sous le responsabilité du médecin.

79. Par ailleurs, dans un arrêt du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C/322/01, Rec.p.I-14887), la Cour de justice des communautés européenne a écarté les arguments tenant à la nature des produits en cause, s'agissant des restrictions apportées à la distribution par Internet de médicaments non soumis à prescription médicale, au regard du principe de la libre circulation des marchandises. Elle a jugé que constituait une restriction non justifiée à ce principe la règlementation qui interdisait aux pharmaciens de vendre par Internet des médicaments non soumis à ordonnance dans l'Etat membre où se situait l'acheteur : « *S'agissant des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale, aucune des justifications invoquées ne pourrait valablement fonder l'interdiction absolue de leur vente par correspondance. En premier lieu, en ce qui concerne la nécessité d'informer et de conseiller le client lors de l'achat d'un médicament, la possibilité de prévoir une information et un conseil suffisants ne saurait être exclue. En outre, ainsi que le relèvent à juste titre les défendeurs au principal, l'achat par Internet pourrait présenter des avantages, tels que la possibilité de passer commande à partir de la maison ou du bureau,*

sans nécessité de déplacement, et de formuler calmement les questions à poser aux pharmaciens, avantages qui doivent être pris en considération. Quant à l'argument selon lequel la capacité de réagir des "pharmaciens virtuels" serait moindre que celle des pharmaciens d'officine, les désavantages qui ont été invoqués à cet égard concernent, d'une part, la possible mauvaise utilisation du médicament concerné et, d'autre part, l'abus potentiel de ce dernier. En ce qui concerne la possible mauvaise utilisation du médicament, un tel risque pourrait être diminué grâce à l'augmentation des éléments interactifs existant sur Internet devant être utilisés par le client avant que celui-ci ne puisse procéder à un achat. S'agissant de la possibilité d'abus, il n'est pas évident que, pour ceux qui souhaitent acquérir de façon abusive des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale, l'achat effectué dans des pharmacies traditionnelles présente, en réalité, plus de difficultés que l'achat par Internet. En deuxième lieu, en ce qui concerne la catégorie de médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale, les considérations relatives à leur délivrance ne sont pas de nature à justifier l'interdiction absolue de leur vente par correspondance ».

80. Tous ces arguments sont *a fortiori* transposables pour les produits dermo-cosmétiques, qui ne sont pas des médicaments.

81. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne démontre pas davantage en quoi la pratique litigieuse serait nécessaire pour permettre le système de surveillance intitulé « cosmétovigilance ». La cosmétovigilance contraint les professionnels de santé à signaler les effets indésirables des produits cosmétiques. Selon Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, seul le contact visuel entre le pharmacien et les utilisateurs de produits permettrait d'assurer cette surveillance. Mais les effets négatifs liés à l'utilisation des produits ne sont détectables qu'une fois le produit acheté, quel que soit le moyen d'acquisition, et non au moment de l'achat. Le patient aura donc tendance à consulter un médecin en cas d'effets négatifs du produit. Le document de l'Afssaps fourni par les parties mentionne d'ailleurs que plus de 60 % des signalements émanent des médecins et non des pharmaciens, qui ne sont responsables que de 10 % de ceux-ci (soit une dizaine de signalements par an pour l'ensemble des 23 000 officines). De plus, parmi la centaine de signalements d'effets indésirables détectés chaque année, figurent principalement les tatouages et les produits contenant de la vitamine K1, non commercialisés par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.

82. Sur le quatrième point, la circonstance que la distribution par Internet n'entraîne pas nécessairement de baisse des prix de détail, au demeurant non démontrée par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, est indifférente en l'espèce. En effet, en l'absence de la restriction litigieuse, les gains pour les consommateurs pourraient aussi résider dans l'amélioration du service proposé par les distributeurs et pas seulement dans la baisse des prix. La possibilité d'acheter les produits sur Internet apporte en effet aux consommateurs un service supplémentaire par rapport à l'achat dans les magasins physiques : commander et acheter les produits à distance, sans limitation de temps. L'utilisation d'Internet facilite également l'accès à l'information sur les produits et permet aux consommateurs de procéder à des comparaisons de prix.

83. Il résulte de ce qui précède que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique n'a pas fait la démonstration que les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 81 du traité ou au 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce sont remplies.

DÉCISION

Article 1er : La société Pierre Fabre SA est mise hors de cause.
Article 2 : Il est établi que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité.
Article 3 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique 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 la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique adressera, sous pli recommandé, au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, un exemplaire des contrats modifiés.
Article 4 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique de transmettre à l'ensemble de ses points de vente, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, une lettre recommandée avec accusé de réception leur annonçant les modifications apportées à leurs contrats de distribution sélective, décrites à l'article 3, en y joignant le résumé de la décision figurant au point 96 de la décision. Pierre Fabre Dermo Cosmétique adressera, sous pli recommandé, au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, un exemplaire de cette lettre.
Article 5 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, si elle juge opportun d'encadrer la construction des sites Internet de son réseau de distribution en prévoyant des critères de présentation ou de configuration des sites, d'en informer le Conseil de la concurrence, sous pli recommandé adressé au bureau de la procédure, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

CA Paris, 29 octobre 2009

Par décision du 27 juin 2006, le Conseil de la concurrence, ci-après le Conseil, s'est saisi d'office de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Par une décision n°07-D 07 en date du 8 mars 2007, le Conseil a accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par les entreprises mises en cause, à l'exception du groupe Pierre Fabre, consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective afin de prévoir la possibilité pour les membres de leur réseau de vendre leurs produits sur internet. Le Conseil a classé l'affaire les concernant en application des dispositions de l'article L.462-2 du code de commerce, en se bornant à constater que la mise en oeuvre des engagements souscrits répondait aux préoccupations de concurrence mises en évidence au cours de l'instruction de l'affaire. L'examen des pratiques du groupe Pierre Fabre a ainsi été disjoint par le rapporteur général le 30 octobre 2006.

Les produits concernés par la saisine sont les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle distribués par l'intermédiaire de systèmes de distribution sélective et offerts avec le conseil d'un pharmacien. Ces produits, qui font partie du secteur plus large des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle définis par l'article L.5131-1 du code de la santé publique, sont soumis, à ce titre, à diverses exigences relatives à leur composition ou à leur étiquetage. Toutefois, n'entrant pas dans la catégorie des médicaments et n'étant pas ainsi soumis au monopole des pharmaciens prévu à l'article L.4211-1 du code de la santé publique, rien ne s'oppose à ce que ces produits soient librement commercialisés en dehors du circuit officinal.

La concurrence entre fabricants sur le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle est vive en raison, notamment, de la nature des produits pour lesquels I'innovation joue un rôle majeur. En 2007, les groupes Pierre Fabre et Cosmétique Active France, filiale de l'Oréal, restent prépondérants avec respectivement 20 % et 18,6 % de parts de marché du fait de leur ancienneté et de leur « portefeuille » de marques.

Pour l'essentiel, la distribution est assurée par les pharmacies, les parapharmacies indépendantes ou intégrées à l'intérieur des grandes surfaces alimentaires ainsi que les parfumeries. Les pharmacies restent toutefois le canal de distribution privilégié avec plus de deux tiers des ventes, cette situation s'expliquant par le monopole de distribution détenu jusqu'à la fin des années 1980 et du maillage territorial dont elles disposent ainsi qu'en raison de l'image positive apportée par la présence d'un pharmacien et de la proximité de la vente de médicaments délivrés sur ordonnance.

Par ailleurs, les ventes sur internet, tous produits et services confondus, ont connu une forte progression, en dépassant le seuil de 16 milliards d'€ en 2007, soit une hausse de 35 % par rapport à 2006 avec 180 millions de transactions Chaque acheteur en ligne dépense 800 € par an en moyenne et effectue près de neuf commandes via internet. Le nombre de sites marchands a connu une forte hausse avec 13 000 nouveaux sites en 2007, soit une augmentation de 54 %. Les sites intéressant la mode et la beauté ont continué à croître en 2007 : selon la Fedav (Fédération de la vente à distance), le commerce en ligne a capté 21 millions d'acheteurs au premier semestre 2008, pour une dépense totale, de 10 milliards d'€.

Selon le Conseil (Point 10 de la décision), s'il est encore trop tôt pour mesurer l'évolution des ventes sur internet des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, les grandes marques de luxe dans le domaine de la parfumerie, de la joaillerie ou des accessoires ont

récemment développé en France ou à l'étranger, leurs propres sites de vente sur internet. Ce développement récent s'appuie sur le constat que « le coeur de clientèle » des marques hauts de gamme achète massivement sur internet.

Le groupe Pierre Fabre commercialise des gammes de produits variés en pharmacie, homéopathie et en parapharmacie. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique,ci-après PFDC, contrôlée par la société Pierre Fabre SA, ci-après PFSA, holding du groupe, a pour activité la fabrication et la commercialisation des produits cosmétiques, et d'hygiène corporelle et a plusieurs filiales, dont les laboratoires de cosmétiques, Avène, Klorane, Galénic et Ducray.

Sur le marché français ainsi que sur le marché européen, le groupe Pierre Fabre assure l'essentiel de la distribution de ses produits par l'intermédiaire des pharmaciens : la vente en officine représente, avec plus de 60 % de distribution directe et 10 % de ventes par l'intermédiaire des répartiteurs, 70 % de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Les contrats de distribution du groupe Pierre Fabre consentis par PFDC pour assurer la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, concernant les marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray précisent que ces ventes doivent être réalisées dans un espace physique, dont les critères sont définis avec précision, et avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie.

C'est ainsi que l'article 1.1 des conditions générales de ces contrats impose à chaque distributeur « de justifier de la présence physique et permanente dans son point de vente, et pendant toute l'amplitude horaire de celui-ci, d'au moins une personne spécialement qualifiée par sa formation pour [...] conseiller instantanément sur le point de vente le produit de [PFDC] le plus adapté au problème spécifique d'hygiène et de soin, notamment de la peau et des phanères, qui lui est soumis. Cette personne doit être titulaire, pour ce faire, du diplôme de pharmacien délivré ou reconnu en France ».

L'article 1.2 précise que ces produits ne pourront être vendus que « dans un point de vente matérialisé et individualisé ».

Il est constant que ces exigences excluent de facto toutes les formes de vente par l'intermédiaire d'internet. A cet égard, au cours de leur audition du 11 mars 2008 par la rapporteure, les représentants de PFSA et de PFSA ont expliqué les raisons ayant conduit le groupe Pierre Fabre à interdire la vente des produits sur internet : « La conception de ces produits nécessite le conseil d'un spécialiste pharmacien du fait de l'activité de ces produits développés dans une optique de soins. (...) Nos produits répondent à des problématiques de peau particulières, comme des peaux intolérantes, avec un risque de réaction allergique. Nous considérons de ce fait que la vente sur internet ne répondrait pas aux attentes des consommateurs et des professionnels de santé sur nos produits et par conséquent aux exigences que nous fixons dans nos conditions générales de vente. Ces produits sont aussi recommandés par le corps médical (...) ».

C'est dans ces conditions qu'il a été fait grief à la société PFSA et à la société PFDC d'empêcher leurs distributeurs agrées de vendre sur internet les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray en infraction avec les articles L.420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE. Ce grief concerne l'interdiction faite par PFDC, à ses distributeurs agrées qui disposent de points de vente physiques avec la présence obligatoire d'un pharmacien, de développer la vente de leurs produits par internet.

En droit, le Conseil qui, compte tenu de la potentialité d'affectation sensible du commerce intracommunautaire, a examiné les pratiques au regard des dispositions de l'article L.420-1 du code de commerce et de l'article 81 du Traité CE a procédé à l'analyse suivante :

« Les accords restrictifs de concurrence peuvent restreindre la concurrence par leur objet ou par leurs effets, la démonstration de l'objet anticoncurrentiel dispensant de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels (Cour de justice, 30 juin 1966, Société technique minière, 17 juillet 1997, Ferrière Nord [...]) Les accords comportant des « restrictions caractérisées » au sens du règlement (CE) n°2790/99 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, sont exclus de l'exemption par catégorie prévue par ce texte, mais peuvent, s'ils apportent une contribution suffisante au progrès économique, bénéficier d'une exemption individuelle, dans les conditions définies au paragraphe 3 de l'article 81 du traité ou à l'article L.420-4 du code de commerce. »

En ce qui concerne les restrictions de concurrence par objet, le Conseil se réfère à l'article 21 des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité (2004/C 101/08) aux termes desquelles, « les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui par nature, ont la capacité de le faire. II s'agit de restrictions qu'au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché. Cette présomption repose sur la gravité de la restriction et sur l'expérience qui montre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence (...) ».

Selon le Conseil, « en vertu d'une jurisprudence constante tant des juridictions que des autorités de concurrence communautaires et nationales, les pratiques qui imposent des prix de revente ou limitent la production ou les ventes, ont nécessairement un objet anticoncurrentiel, sans qu'il soit besoin de mesurer leurs effets concrets.

Selon l'article 23 des lignes directrices précitées, « (...). En règle générale, la Commission considère comme restrictions par objet celles qui sont interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou sont définies comme étant des restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications. (...)

S'agissant des accords verticaux, (...) ces restrictions caractérisées sont énumérées aux articles 4 et 5 du règlement 2790/99 du 22 décembre 1999, concernant I'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

Ce règlement d'exemptions par catégorie crée une présomption de légalité pour les accords verticaux lorsque la part de marché que détient le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens ou services ne dépasse pas 30 %, cette présomption de légalité tombant cependant lorsque ces accords comportent des restrictions caractérisées, énumérées à l'article 4 : ces restrictions consistent en « la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente (...) » (a) ; de la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels » (b) ; « de la restriction des ventes actives ou passives au sein d 'un réseau de distribution sélective » (c) ; « et enfin de la restriction des livraisons croisées au sein d'un réseau de distribution sélective » (d).

Le règlement classe en particulier, parmi les restrictions emportant la non application de l'exemption par catégorie aux accords verticaux, « les restrictions 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 » (point c). »

Le Conseil conclut que les accords comportant de telles restrictions, qui ne peuvent bénéficier de l'exemption catégorielle du règlement, sont néanmoins susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle prévue au paragraphe 3 de l'article 81 du Traité CE et à l'article L.420-4 du code de commerce, la démonstration que les conditions prévues par ces textes sont réunies incombant aux entreprises auteur des pratiques.

Au cas d'espèce, s'agissant en premier lieu du caractère restrictif de concurrence par objet de la pratique en cause au sens de l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE et son éventuelle exemption par catégorie, le Conseil (points 56 à 72 de la décision) :

- a constaté que les contrats de distribution sélective signés entre PFDC et ses distributeurs prévoient que la vente de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sera exclusivement effectuée au sein d'un espace physique, en présence d'un docteur en pharmacie, ce qui interdit en effet la vente par internet ;
- a relevé qu'en imposant à ses distributeurs agréés une interdiction de vente des produits sur internet, la société PFDC limite d'emblée la liberté commerciale de ses distributeurs en excluant un moyen de commercialisation de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ; que, de ce fait, elle restreint le choix des consommateurs désireux d'acheter par internet et empêche les ventes aux acheteurs finaux qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise "physique" du distributeur agréé, l'utilisation d'internet permettant en effet aux consommateurs de visiter le site d'un distributeur, de commander le produit et de se faire livrer, sans avoir à se déplacer ;
- a également relevé que l'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre les produits du groupe Pierre Fabre par internet prive ceux-ci de la faculté de prospecter les clients par l'envoi de messages ou de satisfaire à des demandes non sollicitées adressées sur leur site et que cette pratique équivaut de la sorte à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs ;
- a décidé que l'interdiction de vente sur internet qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation de concurrence 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 ces biens à des distributeur non agrées ;
- se référant au point 53 des lignes directrice de la Commission sur les restrictions verticales (2000/C 291/01), a recherché, la part de marché des produits Pierre Fabre étant inférieure à 30 %, si la pratique restrictive de concurrence est exemptable par catégorie, ce qui nécessite qu'elle ne comporte pas de restriction caractérisée et a décidé que bien que la pratique d'interdiction de vente par internet ne soit pas expressément visée dans le règlement communautaire, elle équivaut à une interdiction de ventes actives et passives et qu'en conséquence, pratiquée au sein d'un réseau de distribution sélective, elle constitue en vertu du c) de l'article 4 du règlement une restriction caractérisée, qui ne peut bénéficier de l'exemption automatique du

règlement. PFDC avait notamment objecté :

- que l'animateur d'un réseau conserve le droit d'interdire des ventes par un distributeur agréé « à partir d'un lieu d'établissement non autorisé » afin que les critères posés par le réseau ne sont pas contournés, en concluant que l'interdiction de vendre sur internet est précisément couverte par cette exception, internet étant en l'occurrence un établissement non autorisé puisque virtuel,
- que si l'interdiction de vente sur internet était une restriction caractérisée au sens du règlement, aucune justification ne serait admise dans les lignes directrices de la Commission, au stade de l'examen des conditions du paragraphe 1 de l'article 81 du Traité CE : or au point 51, ces lignes directrices précisent que « l'interdiction catégorique de vendre sur internet n'est admissible que si elle est objectivement justifiée »,
- qu'à supposer même l'interdiction de vente sur internet soit constitutive d'une pratique restrictive caractérisée, il incomberait à l'autorité de concurrence de démontrer l'objet ou l'effet de la pratique grâce à un examen individuel de la pratique que le rapporteur n'aurait pas effectué en l'espèce,
- que, compte tenu du maillage exceptionnel et homogène constitué par les points de vente physique des distributeurs, tous les consommateurs ont accès aux revendeurs PFDC et qu'ainsi, la pratique est dépourvue de tout effet sur la concurrence ultra marque.

Le Conseil a ainsi répondu à ses objections :

- "(...) Il convient de noter qu'un site internet n'est 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. (..) Cette position étant confortée par le paragraphe 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales (...) « En outre, dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer la localisation de ses locaux commerciaux. Ainsi, il peut être interdit aux distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité dans des locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. Si le point de vente du distributeur est mobile (point de vente aménagé dans un véhicule) une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile".
- Il convient de noter que les justifications admises à la vente par internet ne sont prévues que pour la distribution exclusive. En effet, par nature, ces systèmes de distribution permettent d'attribuer une zone territoriale exclusive aux distributeurs. Il est interdit aux distributeurs exclusifs de prospecter activement les clients des autres distributeurs exclusifs (interdictions de ventes actives), il leur est simplement permis de répondre passivement aux demandes de ces clients, sans les avoir aux préalables sollicités (ventes passives possibles). Dans ces cas, « une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs (exclusifs) ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou la vente via internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs » (point 51 des lignes directrices qui interprètent le b) de l'article 4 du règlement. Selon le point 51, une interdiction totale de vente par internet ne pourrait être envisagée que « si elle est objectivement justifiée ». Même si la Commission ne mentionne pas

explicitement ce qu'il faut entendre par cette expression, elle se réfère à l'interdiction des sites spécialement conçus pour atteindre la clientèle exclusive des autres distributeurs. (...) ;

- Les pratiques caractérisées au sens du règlement d'exemption constituent des restrictions de concurrence par objet, sans qu'il soit nécessaire de démontrer plus en détail en quoi cet objet est restrictif de concurrence ni d'analyser les effets des pratiques ».

S'agissant en second lieu de l'exemption individuelle (paragraphe 3 de l'article 81 du Traité CE et article L.420-4 du code de commerce), le Conseil a estimé que PFDC ne démontrait pas le progrès économique et le caractère indispensable de la restriction de concurrence dans des conditions lui permettant de bénéficier de l'exemption individuelle, en relevant notamment que PFDC n'établit pas que la pratique litigieuse contribuait à améliorer la distribution des produits dermo-cosmétiques en prévenant les risques de contrefaçon et de parasitisme entre officines agréées ni qu'elle garantirait le bien-être du consommateur grâce à la présence physique du pharmacien lors de la délivrance du produit

C'est dans ces conditions que le 29 octobre 2008, le Conseil a rendu la décision suivante :

« Article 1er : La société Pierre Fabre SA est mise hors de cause.

Article 2 : Il est établi que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité.

Article 3 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique 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 la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision. (...)

Article 4 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique de transmettre à l'ensemble de ses points de vente, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, une lettre recommandée avec accusé de réception leur annonçant les modifications apportées à leurs contrats de distribution sélective, décrites à l'article 3, en y joignant le résumé de la décision figurant au point 96 de la décision. (...)

Article 5 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, si elle juge opportun d'encadrer la construction de ses sites internet de son réseau de distribution en prévoyant des critères de présentation ou de configuration des sites, d'en informer le Conseil de la concurrence, sous pli recommandé adressé au bureau de la procédure, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Article 6 : Une sanction d'un montant de 17 000 € est infligée à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. »

Par ordonnance du 18 février 2009, le magistrat délégué a toutefois ordonné le sursis de l'exécution des injonctions prononcées à l'encontre de la société PFDC jusqu'à ce que la cour statue sur le bien fondé du recours formé par cette société.

DISCUSSION

[...]

Sur les moyens de la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique

Considérant qu'au soutien de son recours, PFDC fait valoir, en premier lieu, que la décision du Conseil est entachée :

* tout d'abord, d'un défaut de motivation en ce qui concerne la qualification de l'objet anticoncurrentiel, dès lors que le Conseil n'a pas indiqué en quoi la pratique avait un objet anticoncurrentiel en procédant à une analyse in concreto de son objet ou de son effet et en se bornant à se référer aux lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE alors que, compte tenu de la « rédaction générale et incertaine » de ces lignes directrices, le Conseil était tenu d'exposer en détail les raisons pour lesquelles il considérait la pratique anticoncurrentielle par son objet ; que cette situation résulte de ce que la notification de griefs entendait démonter que le simple fait que la pratique n'était pas couverte par le règlement d'exemption verticale n° 2790/1999 entraînait ipso facto son caractère anticoncurrentiel alors que ce règlement qui est uniquement un règlement d'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité qui détermine quelles pratiques, si jamais elles sont jugées anticoncurrentielles, doivent être automatiquement exemptées, ne saurait se prononcer sur l'applicabilité de l'article 81 paragraphe 1 et donc sur l'existence d'une atteinte à la concurrence ;

* ensuite, d'un défaut de motivation résultant d'une absence d'analyse du contexte juridique et économique dans lequel s'inscrit la pratique dont l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE impose pourtant au Conseil de tenir compte, une telle analyse étant obligatoire pour établir l'existence d'une « infraction par objet » ;

* enfin, d'une série de contradictions liées au fait :

- que la décision considère que la pratique est une infraction par objet tout en examinant ensuite la possibilité d'accorder une exemption ; qu'en effet, ou bien l'interdiction des ventes en ligne constitue une infraction per se, qui vise par hypothèse les atteintes les plus graves à la concurrence, de sorte qu'elle ne peut prétendre à aucune exemption, ou bien cette pratique peut être exemptée individuellement ou collectivement mais il n'est pas alors possible de soutenir que son objet serait nécessairement anticoncurrentiel et donc qu'elle constituerait une infraction per se ;

- que le recours à la procédure d'engagements, qui ne peut pas s'appliquer aux infractions les plus graves, et la faible sanction pécuniaire prononcée contredisent, de surcroît, la qualification d'infraction per se ;

- que le Conseil a opéré un traitement distinct de la vente sur internet et de la vente par correspondance, qui sont pourtant toutes deux qualifiées de vente à distance par la Directive du 20 mai 1997 ;

Que la requérante soutient, en deuxième lieu, que la décision est par surcroît entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle retient un objet « nécessairement » anticoncurrentiel, dès lors que :

- ni la pratique sanctionnée ni les accords de distribution sélective n'ont un tel objet, le but poursuivi étant non de restreindre le jeu de la concurrence mais, a l'opposé, de garantir le niveau de service adéquat aux consommateurs ; qu'en effet, en imposant la présence d'un diplômé en pharmacie dans le point de vente ses accords de distribution sélective visent seulement à permettre au client de demander et d'obtenir à tout moment l'avis d'un spécialiste sur le choix le plus adéquat des produit Pierre Fabre, impliquant une observation directe de la peau et du cuir chevelu du client étant de surcroît précisé que ses produits sont des produits « haut

de gamme » se caractérisant souvent par une haute technicité ; qu'une telle garantie d'un haut niveau de service rendu aux consommateurs résultant des conseils donnés par un spécialiste ne peut pas être assurée de manière équivalente et avec le même niveau de qualité lors d'une vente sur internet ;

- la qualification en infraction per se de la pratique sanctionnée s'inscrit à contre-courant de l'évolution générale du droit de la concurrence, la jurisprudence de la CJCE s'opposant à l'existence même d'infractions per se et imposant au contraire une motivation individuelle, au cas par cas, du caractère anticoncurrentiel de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel d'une pratique qui doit nécessairement être analysée dans son contexte juridique et économique ;
- la pratique décisionnelle du Conseil, qui a déjà décidé qu'une interdiction de vente sur internet ne constituait pas une restriction caractérisée au sens de droit de la concurrence s'oppose à la qualification en infraction par objet et a fortiori en infraction per se ;
- même s'il est vrai qu'une pratique peut être anticoncurrentielle soit par son objet, soit par ses effets, la décision attaquée s'est dispensée de procéder à une analyse de l'effet anticoncurrentiel de la pratique poursuivie alors pourtant que, bien que n'ayant pas la charge de la preuve de l'absence d'effets de l'interdiction de vendre en ligne de ses produits, elle avait pu établir que l'interdiction de vente sur internet n'avait aucun effet perceptible sur le marché ;
- la décision critiquée lui a refusé la possibilité de légitimer la pratique anticoncurrentielle mise en oeuvre par des justifications objectives alors que le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales dispose que : « l'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée » et que contrairement à ce qui est énoncé dans la décision (point...), le paragraphe 51 des lignes directrices de la Commission sur lesquelles elle s'appuie, n'est pas réservé à la distribution exclusive ;

Que PFDC prétend, en troisième lieu, que la décision du Conseil est aussi entachée d'une erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'elle a privé la pratique en cause du bénéfice de l'exemption catégorielle prévue par le règlement n°2790/1990, en contradiction avec les précédentes décisions des autorités de la concurrence et avec la jurisprudence ;

Que le Conseil a en effet retenu à tort que la pratique constituait une restriction des ventes passives au sens de l'article 4c) du règlement alors que la pratique était objectivement justifiée, d'une part par la volonté de garantir le meilleur niveau de conseil pour le consommateur au regard de la nature des produits en cause, en garantissant de surcroît le respect de la réglementation de santé publique concernant les produits cosmétiques et, d'autre part, par le souhait de prévenir les risques, particulièrement élevés de contrefaçon, inhérents à la nature des produits en cause ;

Qu'en tout état de cause, le Conseil aurait dû constater que PFDC satisfaisait à l'exception à la restriction caractérisée prévue par l'article 4c) in fine du règlement ainsi libellée : « sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé », les ventes par internet étant nécessairement réalisées dans un établissement autre que l'établissement autorisé ;

Que la requérante soutient, en dernier lieu, que la décision reste de toute façon entachée

d'une erreur de droit en ce qu'elle refuse à la pratique en cause le bénéfice d'une exemption individuelle prévue par l'article 81, paragraphe 3, du Traite CE alors que l'interdiction de vente par internet garantit le bien-être du consommateur grâce à la présence physique d'un diplômé en pharmacie lors de la délivrance du produit, en prévenant, en outre, les risques de contrefaçon et de parasitisme ; que, par surcroît, la suppression de cette interdiction ne serait pas à l'origine d'une concurrence accrue et, en particulier, d'aucune baisse des prix ;

Qu'à titre subsidiaire, la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, rejoignant sur ce point la suggestion faite par l'Autorité de la concurrence ainsi que par la Commission européenne dans leurs observations et dans son avis, invite la Cour, si elle conservait un doute quant à l'interprétation à donner au règlement et aux lignes directrices, de saisir la Cour de justice des communautés européennes de la question préjudicielle suivante :

« Le droit communautaire de la concurrence et en particulier l'article 81 CE, permet-il qu'une interdiction de vente sur internet opposée à des distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective soit considérée comme nécessairement anticoncurrentielle, sans qu'il soit nécessaire d'analyser in concreto l'objet et l'effet de cette pratique et d'examiner si cette pratique pourrait être objectivement justifiée ? » ;

Sur le marché pertinent

Considérant qu'il convient de constater que PFDC ne critique pas la décision déférée en ce qu'elle a défini le marché pertinent comme le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseil d'un pharmacien ;

Sur l'affectation du concurrence intracommunautaire

Considérant que la requérante ne critique pas non plus la décision du Conseil en ce qu'elle a relevé que les pratiques qui lui sont reprochées sont présumées affecter sensiblement le commerce intracommunautaire, cette circonstance n'ayant par ailleurs pas appelé d'observation de la Commission ;

Qu'il suffit de rappeler que le Conseil s'est pour cela utilement référé aux éléments exigés par les lignes directrices de la Commission relative à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07) ;

Qu'en ce qui concerne, en premier lieu, l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique et l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges, la décision retient à juste titre que la pratique en cause consistant clans la présence dans les contrats de distribution sélective de PFDC d'une clause revenant à interdire aux membres de son réseau de vendre les produits de ce laboratoire sur internet, elle est, par sa nature même, susceptible d'affecter le courant des échanges intracommunautaires ;

Que cette pratique revient en effet à interdire aux plus de 23 000 points de vente répartis sur le territoire français, membres du réseau de distribution du groupe Pierre Fabre, de répondre à des commandes émanant de consommateurs d'autres pays membres et ainsi, de cloisonner le marché au seul territoire français en entravant le développement direct d'échanges intracommunautaires auxquels internet offre l'opportunité d'un développement ;

Qu'en ce qui concerne, en second lieu, le caractère sensible de cette affectation du commerce intracommunautaire, le Conseil rappelle justement que le point 53 des lignes directrices précitées énumère les deux seuils alternatifs au delà desquels un accord est

présumé affecter sensiblement le commerce entre Etats membres la part de marché totale des parties sur le marché communautaire en cause affecté par l'accord excède 5 % ou, dans le cas d'accords verticaux, le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans la communauté par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord excède 40 millions d'€, ce seuil étant calculé selon le paragraphe 54 des lignes directrices, sur la base des ventes totales hors taxes réalisées dans la communauté, durant l'exercice écoulé, par l'entreprise en cause avec les produits concernés par l'accord ;

Qu'au cas d'espèce, le Conseil était fondé à constater que cette affectation sensible est avérée, dès lors que le chiffre d'affaires du groupe Pierre Fabre réalise eu 2007 dans la Communauté avec les produits concernés par la clause litigieuse excède largement le seuil de 40 millions ;

Sur le droit applicable et sur l'avis de la Commission

Considérant qu'au regard de la possibilité d'affectation sensible du commerce intra-communautaire, le Conseil, dont la décision n'est pas non plus critiquée de ce chef, était en droit d'examiner la licéité du système de distribution sélective mis en place par PFDC dans le cadre duquel s'inscrivent les pratiques incriminées non seulement sur le fondement de l'article L420-1 du code de commerce, mais aussi de l'article 81 du Traité CE ;

Considérant que l'article 81, paragraphe 1, du Traité interdit « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats 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 commun (...) » ;

Que le paragraphe 3 de l'article 81 du Traité précise toutefois que « les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises (...) qui contribue(nt) 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 ;

b) donner à des entreprises la possibilités pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence » ;

Que l'article 4(c) du règlement 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 dispose :

« L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet : [...]
c) les restrictions 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 » [...] ;

Que le point 53 des Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales ; JO C 291 du 13 octobre 2000) interprète ainsi cette disposition :

« La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c, du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective. Cela signifie qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective, tel qu 'il est défini à l'article 1er point d) du règlement quant aux utilisateurs ou aux agents d'achat agissant au nom de ces utilisateurs auxquels ils sont autorisés à vendre. Dans un système de distribution sélective, par exemple, le distributeur devrait être aussi libre de faire de la publicité et de vendre via internet. La distribution sélective peut être combinée avec une distribution exclusive sous réserve que les ventes actives et les ventes passives ne soient nulle part limitées. Le fournisseur peut donc s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur ou un nombre limité de distributeurs sur un territoire donné » ;

Considérant que la Commission expose que la présente affaire soulevant d'importantes questions de principe et d'interprétation, susceptibles d'influencer la mise en oeuvre cohérente des règles de concurrence communautaire de la concurrence dans le domaine de la vente en ligne, elle a souhaité présenter des observations en application de l'article 15, paragraphe 3 du Règlement (CE) n° 1/2003 afin d'assister la cour d'appel dans son jugement ;

Considérant, s'agissant tout d'abord de l'application de l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE à l'exclusion des ventes en ligne par les distributeurs sélectif, que la Commission observe que toute interdiction générale et absolue de vendre en ligne les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée par le fournisseur à ses distributeurs agréées dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, constitue une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 1 du Traité, quelle que soit la part de marché détenue par le fournisseur (voir en ce sens les points 51 et 53 des lignes directrices) ;

Que, selon la Commission, la qualification de la vente en ligne comme vente passive ou active n'est pas pertinente dans le cas de la distribution sélective dans la mesure où toute restriction à la revente, qu'il s'agisse d'une vente passive ou active constitue une restriction caractérisée ;

Qu'il est vrai que le point 51 des Lignes directrices sur les restrictions verticales mise en avant par la requérante dispose que : "d'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée" ;

Que cependant, la Commission précise que cette partie des Lignes directrices doit être lue à la lumière du point 18(2) secundo des Lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3) CE du Traité et par analogie au point 49 in fine des Lignes directrices qui, s'agissant des restrictions caractérisées à la revente de l'article 4(b) du Règlement, indique que :

"L'interdiction pour tous les distributeurs de vendre à certains utilisateurs finals n'est pas regardée comme une restriction caractérisée s'il existe une justification objective liée au produit, telle que l'interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons liées à la sécurité ou à la santé" ;

Que par conséquent, une interdiction de vendre en ligne des produits contractuels ne peut pas être considérée comme une restriction caractérisée si, par exemple, cette interdiction est exigée par une législation nationale ou communautaire impérative qui vise à protéger l'ordre public pour des raisons liées à la sécurité ou à la santé des consommateurs ou toute

considération liée à la protection de l'ordre public ;

Que c'est ainsi « que l'interdiction de vendre en ligne ne sera pas qualifiée de restriction caractérisée si cette interdiction est exigée par une législation nationale ou communautaire impérative qui vise à protéger l'ordre public en interdisant une telle vente en ligne » ;

Qu'à l'opposé, si la distribution des produits contractuels n'est pas réglementée, la Commission estime que c'est seulement dans des circonstances exceptionnelles qu'une justification objective d'une restriction caractérisée pourra être avancée ;

Qu'à cet égard, le point 18 (2) secundo des Lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3) CE indique que :

« Toutefois, certaines restrictions peuvent, dans certains cas, ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, dès lors qu'elles sont objectivement nécessaires à I'existence d'un accord de ce type ou de cette nature. La décision d'exclure ces restrictions du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ne peut être faite que sur la base de facteurs objectifs extérieurs aux parties elles-mêmes et non sur la base des opinions subjectives et des caractéristiques des parties. La question à trancher n'est pas de savoir si les parties, compte tenu de leur situation spécifique, n'auraient pas accepté de conclure un accord moins restrictif mais si, compte tenu de la nature de l'accord et des caractéristiques du marché un accord moins restrictif n'aurait pas été conclu par les entreprises se trouvant dans une situation similaire. [...] L'affirmation selon laquelle, en l'absence de la restriction, le fournisseur aurait eu recours à une intégration verticales ne suffit pas. » ;

Que la Commission estime que la notion de "justification objective" est d'application stricte : elle vise à enlever à une pratique restrictive la qualification de restriction caractérisée de la concurrence et elle ne sert pas à se substituer à l'analyse des gains d'efficacité d'un accord restrictif de la concurrence qui doit être faite au titre de l'article 81(3) CE en vue d'une exemption individuelle ;

Considérant s'agissant ensuite de l'application de l'exemption par catégorie du règlement (CE) n°2790/1999 que la Commission émet l'avis qu'un accord de distribution sélective contenant une restriction caractérisée de la concurrence comme celle qui consiste à interdire aux distributeurs agréés de vendre en ligne les produits contractuels ne peut pas bénéficier de l'exemption par catégorie instituée par le Règlement ;

Qu'au surplus, la possibilité prévue dans l'article 4 (c) du Règlement d'interdire à un distributeur agréé d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé par le fournisseur se réfère à un lieu d'établissement physique (points de vente physique, dépôts etc...)

Qu'à ce titre, le point 54 des Lignes directrices indique que :

« En outre, dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer la localisation de ses locaux commerciaux. Ainsi, il peut être interdit aux distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité dans des locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu » ;

Que la Commission estime que l'utilisation de l'internet ne peut pas être assimilée exactement à l'ouverture d'un point de vente physique dans un lieu d'établissement non autorisé par le fournisseur et que cette possibilité prévue par le Règlement ne saurait être utilisée pour contourner la règle selon laquelle l'interdiction de vendre en ligne est une

restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 (1) CE qui ne bénéficie pas d'une exemption par catégorie ; que l'examen des justifications d'une telle interdiction relève de l'appréciation au cas d'espèce au regard de l'article 81 (3) CE en vue d'obtenir une exemption individuelle ;

Considérant, s'agissant enfin de la faculté d'obtenir une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE, que la Commission s'est bornée à rappeler que la restriction des ventes en ligne ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie et que, de plus, en présence d'une telle restriction caractérisée par objet, l'autorité saisie de la question n'est pas obligée d'analyser les effets de la restriction sur le marché pour établir qu'elle restreint la concurrence et serait donc incompatible avec l'article 81(1) CE ;

Que cependant cela ne signifie pas que les restrictions caractérisées sont interdites per se par le droit communautaire de la concurrence ; qu'il n'est pas nécessairement exclu que la restriction puisse remplir les quatre conditions cumulatives relatives à l'exemption individuelle au titre de l'article 81(3) CE et ainsi bénéficier de cette exemption, étant précisé qu'en vertu de l'article 2 du Règlement (CE) n° 1/2003 la charge de la preuve que les quatre conditions sont remplies repose sur l'entreprise qui invoque le bénéfice de l'exemption ;

Qu'elle ajoute que, si jamais la cour avait des doutes sur l'interprétation des règles de droit communautaires applicables en l'espèce, elle l'invitait à saisir la Cour de justice d'une demande préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE afin d'en obtenir l'interprétation ;

Sur l'utilité d'un renvoi préjudiciel

Considérant que, bien que n'adhérant pas complètement à l'analyse du Conseil de la concurrence, en particulier sur l'assimilation de la pratique de l'interdiction de vente par internet à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs ainsi que sur la portée exacte du point 51 de ses Lignes directrices, la Commission européenne suggère finalement la même interprétation du droit communautaire que l'autorité nationale de concurrence sur le caractère restrictif de concurrence par objet de la pratique en cause et l'impossibilité d'une exemption par catégorie ainsi que sur la possibilité offerte à PFDC de bénéficier, malgré tout, d'une exemption individuelle ;

Considérant cependant que ni les Lignes directrices de la Commission, ni l'avis de cette autorité donné au titre de l'article 15 paragraphe 3 du règlement n° 1/2003 ne présentent un caractère contraignant pour les juridictions nationales ;

Que, dès lors, dans le silence du Règlement n°2790/1999 sur l'interdiction de la vente en ligne et au regard du caractère sérieux des moyens soulevés par la société PFDC, se pose 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 au sens de l'article 81, paragraphe 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 paragraphe 3 du Traité CE ;

Qu'il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de Justice se soit prononcée sur ce point ;

Sur la demande de révocation du sursis à exécution

Considérant que l'Autorité de la concurrence fait observer que si une question préjudicielle était posée à la Cour de justice, « il conviendrait de révoquer le sursis » ordonné par le magistrat délégué ;

Mais considérant que l'Autorité étant seulement habilitée en vertu des dispositions de l'article R.464-18 du code de concurrence à présenter des observations à la cour, une telle demande ne peut qu'être déclarée irrecevable ;

DECISION

Par ces motifs, renvoie à la Cour de justice des Communautés européennes aux fins de dire 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 au sens de l'article 81 paragraphe 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 paragraphe 3 du Traité CE ;

. Sursoit à statuer sur le recours de la société PFDC jusqu'à la décision de la Cour de justice,

. Déclare irrecevable la demande de révocation du sursis de l'exécution des injonctions prononcées à l'encontre de la société PFDC décidé par l'ordonnance du 18 février 2009 du magistrat délégué.

ADLC, 1er juillet 2011

Décision n° 11-SOA-02 du 1er juillet 2011 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur du commerce électronique :

L'Autorité de la concurrence,
Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et notamment ses articles 101 et 102 ;
Vu le livre IV du code de commerce modifié et notamment son article L. 462-4 ;
Adopte la décision suivante :

I. Contexte
A. UN SECTEUR EN FORTE CROISSANCE

1. Selon les chiffres de la FEVAD (Fédération du e-commerce et de la vente à distance), le commerce en ligne à destination des particuliers représentait en 2009 entre 22 et 25 milliards d'euros, soit quatre fois plus qu'il y a cinq ans et 25% de plus qu'en 20081. Cette forte croissance découle, d'une part, d'un montant croissant d'achat par consommateur, le nombre de transactions par « cyberacheteurs » ayant augmenté de 7,3% entre 2009 et 2010, et d'autre part, de la part croissante de consommateurs achetant par le biais d'Internet. La France compte aujourd'hui 28 millions de cyberacheteurs, soit plus de 70 % des utilisateurs d'Internet.

2. Le commerce en ligne touche la plupart des secteurs de l'économie, mais de façon encore inégale. Ainsi, le secteur du tourisme représente environ 40% des ventes en ligne aux particuliers en 2010, les produits techniques (audio-visuels, téléphonie, etc.) et ceux

de l'habillement et du textile environ 11% chacun, l'équipement de la maison, 6%, les produits culturels, 5%, l'alimentation, 3%. Les autres catégories de services (jeux en ligne, billetterie évènementielle, rechargement de cartes téléphoniques prépayées, sites pour adultes, services photo sur Internet, sites de rencontre, téléchargement de musique, streaming, vidéo à la demande, etc.) représentent 14% des ventes en ligne, les autres catégories de produits (beauté-santé, fleurs, bricolage-jardinage, jouets, bijoux, voitures, places de marché, etc.), 9%2.

3. Si les ventes en ligne ne représentent encore que 6% du commerce de détail, ce mode de distribution a vocation à devenir un canal d'achat majeur des consommateurs. De fait, si les ventes en ligne aux particuliers demeurent moins développées en France que chez plusieurs de ses voisins européens (8% du commerce de détail en Allemagne et 10,7% au Royaume-Uni), l'écart se réduit grâce à des ventes en ligne plus dynamiques en France que dans la moyenne des pays européens (+ 29,5% par an sur la période 2008-2010, contre +19% pour l'ensemble des pays européens)3.

4. Du côté de l'offre en ligne, 82 000 sites marchands actifs en France ont été recensés en 2010, soit 28 % de vendeurs en ligne supplémentaires par rapport à 20094. Depuis 2003, le nombre de sites marchands actifs a ainsi été multiplié par 12. La répartition de l'offre des sites marchands par secteur se fait de la façon suivante : 36,9% des sites proposent des produits et services liés à l'équipement de la personne (fleurs et cadeaux, santé et beauté, sport, vêtements et accessoires, bébés et enfants), 25,5% des produits et services relatifs à l'informatique, aux logiciels, au matériel hifi, vidéo et à la téléphonie, 17,5% des produits

1 Les ventes en ligne BtoB n'entrent pas dans le champ de la présente saisine.
2 Source : FEVAD, données 2010.
3 Source : Center for Retail Research, Kelkoo, données 2010.
4 Source : Benchmark Group *via* le Journal du Net, données 2009. 3

et services liés à l'équipement de la maison, 7,3% des produits et services liés à la culture, aux divertissements et aux voyages, 4,6% des produits et services liés à l'automobile, 4,7% des services aux particuliers et autres et enfin, 3,5% des produits alimentaires5.

5. Le commerce en ligne offre plusieurs avantages aux opérateurs. D'une part, il leur permet de s'adresser à des consommateurs qui, de par leur localisation géographique, n'ont pas accès aux magasins traditionnels. D'autre part, par rapport à la distribution traditionnelle, il permet également une réduction des coûts de distribution et de référencement et, ainsi, potentiellement, une plus grande variété de produits proposés à des prix inférieurs. Enfin, le site de vente en ligne sert également de vitrine pour une marque et pour des produits finalement achetés en magasin. A cet égard, les opérateurs « click and mortar », qui exploitent un site marchand parallèlement à leur réseau de distribution traditionnel (comme Fnac.com, Darty.com, etc.) sont de plus en plus en nombreux à concurrencer les opérateurs « pure players » (Pixmania, Cdiscount, Spartoo, Vente-Privee.com, etc.), présents seulement sur Internet.

6. Toutefois, le secteur demeure très concentré : en 2009, 74% des sites marchands ont enregistré moins de 100 transactions, et seulement moins de 1% des sites marchands ont comptabilisé plus de 10 000 transactions6. Cette caractéristique s'expliquerait

notamment par les nombreuses créations de sites marchands qui ne disposent pas encore d'une notoriété suffisante.

5 Source : Fia-Net, données 2011.
6 Source : FEVAD, données 2009.
7 Etude Banque de France/FEVAD « Vente à distance, Internet et dynamiques des prix », juillet 2010 ; Rapport Frontier Economics/eBay, « Economic study of the consumer benefits of eBay », septembre 2008 ; Rapport EuroBrief/eBay, « Le e-commerce en France et en Europe : la France peut-elle devenir un leader ? », mars 2009 ; Rapport Google/McKinsey, « Impact d'Internet sur l'économie française », mars 2011.

B. QUELS GAINS POUR LE CONSOMMATEUR ?

7. La vente en ligne génère de nombreux gains pour le consommateur, de toute nature : accessibilité 24 heures sur 24, comparaison facilitée des produits et services vendus en ligne, services d'évaluation des produits par les consommateurs ayant déjà effectué des achats, etc. Les inconvénients liés à l'achat en ligne (délais de livraison, problème de sécurisation des paiements, défectuosité des produits livrés, etc.) semblent également avoir été réduits par les efforts des opérateurs en ce sens.

8. Plus spécifiquement, sous l'angle de la concurrence entre les opérateurs, la vente en ligne présente également de nombreux avantages pour les consommateurs. En permettant au consommateur de procéder à l'acte d'achat de son domicile, elle lui donne accès à un nombre d'offreurs plus important que dans la distribution physique. Elle est également censée permettre au consommateur une meilleure comparaison des conditions tarifaires. Enfin, dans de nombreux secteurs, les coûts de distribution en ligne seraient inférieurs à ceux de la distribution traditionnelle, permettant ainsi la commercialisation de produits « de niche » ou encore l'entrée de très petits opérateurs. De fait, plusieurs études font état du rôle positif d'Internet sur le niveau des prix7.

9. Toutefois, la pression concurrentielle que peut exercer la vente en ligne sur la distribution est hétérogène selon les pays8 et selon les secteurs. Plusieurs travaux statistiques attestent d'une concurrence moins forte qu'envisagée pour la vente en ligne de certains produits ou services, soulignant ainsi la forte dispersion de prix observée sur Internet, les écarts de prix limités pouvant exister entre Internet et la distribution traditionnelle par rapport au différentiel des coûts de distribution, la moindre variété des produits présentés sur les sites de vente en ligne, ou encore l'utilisation stratégique que font certains opérateurs des comparateurs de prix en ligne9.

10. La compétitivité des ventes en ligne est d'abord limitée par des facteurs objectifs. Ainsi, la commercialisation de certains produits ou services se prête mal à la vente en ligne, par exemple du fait de la complexité ou du volume du produit, de l'impossibilité pour le consommateur d'apprécier, en ligne, la qualité du produit, de coûts logistiques spécifiques, etc. Par ailleurs, sur Internet, comme dans la distribution traditionnelle, peut exister une tendance naturelle à la concentration du marché. Pour un opérateur, des ventes importantes accroissent la renommée de la marque, améliorent les conditions d'achat et de référencement du site et permettent de mutualiser les coûts logistiques (stockage, livraison, sécurité des paiements, etc.), autant d'avantages qui permettront d'accroître encore les ventes. A terme, toutefois, l'entrée ou le développement de sites concurrents

est rendu plus difficile par les avantages acquis par les pionniers de la vente en ligne.

11. Le comportement des acteurs peut aussi constituer un frein à la concurrence. Dans certaines circonstances, les relations commerciales entre les fabricants et leurs distributeurs ou entre un réseau de distribution et ses différents membres peuvent limiter la concurrence soit entre les opérateurs de vente en ligne et les magasins physiques, soit entre les opérateurs de vente en ligne eux-mêmes. S'agissant des relations entre fabricants et distributeurs ou entre la tête d'un réseau de distribution sélective et ses membres, s'il peut exister des motivations à ce que la vente sur Internet soit conditionnée au respect de certains engagements de qualité, la grille d'analyse et les règles d'encadrement issues du règlement et des lignes directrices sur les restrictions verticales fournissent plusieurs exemples de comportements considérés comme préjudiciables au jeu concurrentiel10. S'agissant de la concurrence entre opérateurs de la vente en ligne, compte tenu des effets d'entraînement décrits *supra*, des comportements visant à empêcher de nouveaux

8 Ainsi, tout en constatant que la vente en ligne des produits dits « high tech » a permis de faire baisser leurs prix quelque soit le canal de ditribution, la revue 60 millions de consommateurs a également souligné le différentiel des prix entre les prix des produits vendus sur Internet en France et ceux constatés à l'étranger pour les mêmes produits (60 millions de consommateurs de décembre 2009, n°444 : « Cadeaux high-tech : Où acheter moins cher ? »).

9 Cf., entre autres, Brown, J.et A. Goolsbee (2002) "Does The Internet Make Markets More Competitive? Evidence From The Life Insurance Industry," *Journal of Political Economy*, 2002, v.110, 481-507; Ellison, G. et S. Ellison (2009), "Search, Obfuscation, and Price Elasticities on the Internet", *Econometrica*, vol. 77, issue 2, pages 427-452. Carlton, D. et J. Chevalier, (2001), « Free-riding and sales strategies on the Internet », *Journal of Industrial Economics*, 4. M. Baye, J. Morgan, P. Scholten, (2004), "Price dispersion in the small and in the large: evidence from an Internet price comparison site", *Journal of Industrial Economics*, 52, 4.

10 Cf. lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, 2010/C 130. Cf. également les décisions du Conseil de la concurrence 07-D-07 et 08-D-25 relatives à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, la décision 06-D-24 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, la décision n° 05-D-34 du 27 juin 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché de la vente sur Internet d'appareils audiovisuels.

opérateurs d'entrer sur le marché ou de se développer peuvent très vite produire leurs effets.

12. La structure de la concurrence entre les intermédiaires du commerce en ligne (comparateurs de prix, prestataires de livraison des colis, etc.) est également de nature à affecter les bénéfices que peuvent retirer les consommateurs de la vente en ligne. En effet, le consommateur ne peut tirer l'ensemble des avantages d'une concurrence plus forte entre distributeurs si, en amont ou en aval de la vente en ligne, des intermédiaires, opérant sur un marché concentré ou mettant en oeuvre des stratégies de nature à limiter la concurrence, sont en mesure d'accroître leurs prix de vente. A titre d'illustration, un des facteurs de compétitivité de la vente en ligne réside dans la logistique, et notamment dans le transport des produits achetés en ligne. Or, compte tenu de la nature oligopolistique de

ce secteur, issue des économies d'échelles qui caractérisent le transport des colis, les prestations proposées par ces opérateurs peuvent être de nature à influencer significativement le niveau des prix payés par les consommateurs pour leurs produits. En outre, en dépit d'une plus grande facilité de comparaison des prix auxquels est vendu un produit sur différents sites, la richesse de l'offre est telle que sur certains secteurs, la transparence des conditions tarifaires à l'égard des consommateurs demeure plus théorique que pratique. Les comparateurs de prix sur Internet, s'ils visent à surmonter cet obstacle à une concurrence plus vigoureuse, présentent parfois des modalités de fonctionnement qui, au travers, par exemple, des coûts de référencement ou de l'utilisation promotionnelle qui en est faite par certains distributeurs eux-mêmes, ne permettent pas nécessairement aux consommateurs de les exploiter pleinement11.

11 Cf. l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble, Chambre commerciale, 21 octobre 2010, n° de rôle : 08/03251.

II. Discussion

13. Aux termes de l'article L. 462-4 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en oeuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

14. Dans ce cadre, la présente décision a pour objet de permettre à l'Autorité de la concurrence de procéder à une analyse, ciblée sur certaines catégories de produits et services, du fonctionnement de la concurrence sur le secteur de la vente en ligne aux particuliers.

15. En premier lieu, l'instruction aura pour objectif d'évaluer l'intensité de la pression concurrentielle exercée par le commerce en ligne sur la distribution traditionnelle. A cette fin, l'avis s'attachera, pour certaines références de produits déterminées, à relever les éventuels écarts de prix sur Internet et en magasin traditionnel. Il s'agira ainsi de déterminer dans quelle mesure la distribution en ligne se traduit effectivement par une diminution des prix, tant sur Internet que dans la distribution traditionnelle.

16. En second lieu, seront examinés les différents facteurs de nature à entraver la pression concurrentielle que la distribution sur Internet est susceptible d'exercer sur la distribution traditionnelle. Ceux-ci peuvent comprendre, notamment :
- le pouvoir de marché éventuellement détenu par des distributeurs : en effet, sur certains marchés, un commerçant peut disposer d'une part de marché telle qu'il est en mesure de s'abstraire de la concurrence d'autres distributeurs en ligne ou de distributeurs traditionnels, et ne pas répercuter au consommateur les économies de coûts entraînées par la distribution en ligne. Dans de telles situations, des comportements qui auraient pour objectif ou pour effet de perpétuer ce pouvoir de marché, en entravant la montée en puissance de sites de vente en ligne concurrents, sont susceptibles de soulever de réelles préoccupations de concurrence ;
- les relations commerciales entre les fabricants ou les réseaux de distribution et les distributeurs en ligne : dans certaines situations de marché, un fabricant ou un réseau de distribution peut avoir intérêt à restreindre l'ampleur des ventes sur Internet par le biais

des clauses contractuelles ou des conditions de vente encadrant sa relation avec les distributeurs au détail des produits, alors que ces restrictions peuvent atténuer le jeu de la concurrence entre les distributeurs, au détriment des consommateurs.
- les comportements des différents intermédiaires de la chaîne de commercialisation des produits sur Internet. Si la publicité en ligne a déjà fait l'objet d'un avis détaillé de la part de l'Autorité12, la structure et le fonctionnement de la concurrence sur les marchés du paiement électronique, des prestations logistiques ou encore des comparateurs de prix sur Internet, peuvent constituer des facteurs importants de compétitivité des prix des produits vendus sur Internet.

Lignes directrices du règlement 330/2010 (extraits)

(52) Internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une restriction des (re)ventes. En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur. L'utilisation d'un site internet peut avoir des effets au-delà du territoire et de la clientèle affectés au distributeur; toutefois, ces effets sont le résultat de la technologie qui permet un accès facile à partir de n'importe quel lieu. Si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive. Il en va de même lorsqu'un client choisit d'être (automatiquement) informé par le distributeur et que cela conduit à une vente. En soi, la possibilité de choisir entre plusieurs langues offerte par le site en question ne modifie pas le caractère passif d'une telle vente. La Commission considère donc les situations suivantes comme des exemples de restrictions de vente passive caractérisées, compte tenu de leur capacité de limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients:
a) convenir que le distributeur (exclusif) empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site internet ou les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs (exclusifs), ce qui n'exclut pas de convenir que le site du distributeur doive également présenter un certain nombre de liens vers les sites d'autres distributeurs et/ou du fournisseur;
b) convenir que le distributeur (exclusif) mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif);
c) convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par internet. Cela n'exclut pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique, ni ne fait obstacle à ce que le fournisseur s'assure que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (voir les points 54 et 56). Cette quantité absolue de ventes hors ligne peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée individuellement pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur dans le réseau ou sa situation géographique;

d) convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement. Cela n'exclut pas que le fournisseur s'entende avec l'acheteur sur une redevance fixe (c'est-à-dire une redevance qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaudrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne.

(53) Une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs parties à l'accord est compatible avec le règlement d'exemption par catégorie dans la mesure où la promotion des produits sur internet ou l'utilisation d'internet entraînerait, par exemple, la réalisation de ventes actives sur les territoires ou aux clients exclusifs d'autres distributeurs. La Commission considère la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients comme une forme de vente active à ces clients. À titre d'exemple, des bandeaux visant un territoire particulier placés sur les sites internet de tiers constituent une forme de vente active sur le territoire où ces bandeaux apparaissent. En règle générale, des efforts visant à atteindre spécifiquement un territoire ou une clientèle particuliers sont considérés comme une forme de vente active sur ce territoire ou à cette clientèle. Par exemple, payer un moteur de recherche ou un fournisseur d'espace publicitaire en ligne pour qu'ils diffusent une publicité spécifiquement aux utilisateurs établis sur un territoire particulier constitue une forme de vente active sur ce territoire.

(54) Toutefois, dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Cela peut être utile en particulier pour la distribution sélective. L'exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution. Des modifications ultérieures de cette condition sont également possibles dans le cadre de l'exemption par catégorie, sauf si elles ont pour objet de limiter directement ou indirectement les ventes en ligne des distributeurs. De même, un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce.

(56) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c), du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. Par conséquent, aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un système de distribution sélective, tel que défini à l'article 1er, paragraphe 1, point e), du règlement d'exemption par catégorie, quant au choix d'utilisateurs, ou d'agents d'achat agissant pour le compte de ces utilisateurs, auxquels ils sont autorisés à vendre, sauf pour protéger un système de distribution exclusive appliqué ailleurs (voir le point (51)). Dans un système de distribution sélective, les distributeurs

devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par internet. En conséquence, la Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique. Cela ne signifie pas que les conditions imposées à la vente en ligne doivent être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, mais plutôt qu'elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution. Par exemple, pour empêcher les ventes à des distributeurs non agréés, un fournisseur peut exiger de ses distributeurs désignés qu'ils ne vendent pas plus d'une certaine quantité de produits contractuels à un utilisateur final individuel. Une telle exigence peut devoir être plus stricte pour les ventes en ligne s'il est plus aisé pour un distributeur non agréé d'obtenir les produits par internet. De même, elle peut devoir être plus stricte pour les ventes hors ligne s'il est plus aisé d'obtenir les produits dans un point de vente physique. Pour garantir la livraison des produits contractuels en temps voulu, un fournisseur peut exiger que les produits soient livrés immédiatement, dans le cas de ventes hors ligne. Étant donné qu'une exigence identique n'est pas possible dans le cas de ventes en ligne, le fournisseur peut imposer certains délais de livraison réalistes pour de telles ventes. Des exigences spécifiques peuvent devoir être formulées concernant un service d'aide après-vente en ligne, afin de couvrir les frais de renvoi exposés par les clients et pour l'application de systèmes de paiement sécurisés.

(57) Sur le territoire sur lequel le fournisseur pratique la distribution sélective, ce système ne peut être combiné avec la distribution exclusive, car cela conduirait à une restriction caractérisée des ventes actives ou passives par les distributeurs au sens de l'article 4, point c) du règlement d'exemption par catégorie, excepté le fait que des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de décider de l'emplacement de ses locaux commerciaux. Il peut être interdit à des distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité à partir de locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. Dans ce contexte, l'utilisation par un distributeur de son propre site internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent. Si le point de vente du distributeur est mobile, une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile. En outre, le fournisseur peut s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur, ou un petit nombre de distributeurs, sur une partie donnée du territoire sur lequel le système de distribution sélective est appliqué.

ADLC, 12 déc. 2012

L'Autorité de la concurrence (section IV),
Vu la lettre du 20 février 2002, enregistrée sous le numéro 02/0030 F, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions de l'article L. 462-5 du code du commerce, de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma ;

Vu la décision du rapporteur général du 24 janvier 2006 procédant à la disjonction du dossier n° 02/0030 F en deux saisines portant respectivement les numéros 02/0030-1 F, relative à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma et 02/0030-2 F, devenu 06/0043 F, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Bang & Olufsen dans le même secteur ;
Vu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;
Vu le livre IV du code de commerce ;
Vu les observations présentées par les sociétés Bang & Olufsen A/S et Bang & Olufsen France, ainsi que par le commissaire du Gouvernement ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Bang & Olufsen A/S et Bang & Olufsen France entendus lors de la séance du 23 octobre 2012 ;
Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA PROCÉDURE

1. Par lettre du 20 février 2002 enregistrée sous le numéro 02/0030 F, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a, en application des dispositions de l'article L. 462-5 du code du commerce, saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma. La saisine s'appuyait sur un rapport d'enquête réalisé par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), en date du 10 août 2001.

2. Ce rapport d'enquête a dénoncé notamment la limitation, voire l'interdiction, faite par les sociétés Bang & Olufsen France, Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries à leurs distributeurs agréés de vendreleurs produits par Internet.

3. Devant le Conseil de la concurrence, les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries ont proposé en 2006 des engagements afin de répondre aux préoccupations de concurrence relevées par la rapporteure.

4. Bang & Olufsen France n'ayant pas proposé d'engagements, le rapporteur général a procédé, par décision du 24 janvier 2006, à la disjonction du dossier n° 02/0030 F en deux saisines, la première sous le numéro 02/0030-1 F relative à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma et la seconde sous le numéro 02/0030-2 F, devenu le numéro 06/0043 F, relative à despratiques mises en oeuvre par la société Bang & Olufsen dans le même secteur.

5. Par décision n° 06-D-28du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériel hi-fi et home cinéma, le Conseil de laconcurrence a accepté les engagements des trois sociétés précitées et les a rendus obligatoires en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce.

6. Par décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 rendue dans une autre affaire, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, le Conseil de la concurrence a conclu que l'interdiction faite par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique à ses distributeurs agréés de vendre par Internet constituait une restriction de la concurrence contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne [devenu article 101 du TFUE].

7. Le 24 décembre 2008, la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a formé un recours en annulation et en réformation contre cette décision devant la cour d'appel de Paris. Dans le même temps, elle a demandé au premier président de la cour d'appel de Paris de prononcer le sursis à l'exécution de la décision. Par ordonnance du 18 février 2009, le premier président de la cour d'appel de Paris a accédé à cette dernière demande (n° 2009/01119).
Le 29 octobre 2009, la cour d'appel de Paris a, ensuite, sursis à statuer en posant la question préjudicielle suivante à la Cour de justice de l'Union européenne :
« [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 dedistribution sélective constitue [-t-elle] effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 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, paragraphe 3, du traité CE » ? (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, n° 2008/23812, p. 15)
8. En raison de ce renvoi préjudiciel, les services de l'Autorité ont suspendu l'instruction du dossier n° 06/0043 F.
9. La Cour de justice s'étant prononcée sur la question préjudicielle de la cour d'appel de Paris par un arrêt en date du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, non encore publié au recueil), l'instruction du dossier n° 06/0043 F a été reprise.
10. Le 13 mars 2012, la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence a adressé une notification de griefs aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S, à la suite de laquelle les parties ont présenté des observations.
11. Le 11 juillet 2012, conformément à l'article L. 463-2 du code de commerce, un rapport a été adressé aux sociétés mises en cause et au commissaire du Gouvernement qui ont ultérieurement présenté des observations à ce sujet.

B. LE SECTEUR CONCERNÉ
12. Dans le secteur de la distribution de produits de l'électronique grand public, les Autorités de concurrence distinguent usuellement trois familles :
- les produits blancs, incluant notamment les produits électroménagers ;
- les produits bruns, incluant notamment les équipements hi-fi et audio ;
- les produits gris, incluant les équipements informatiques et de téléphonie.
13. Au sein des produits bruns, quatre types de produits peuvent être distingués :
- les appareils de réception (tels que les radios, autoradios, téléviseurs, moniteurs vidéos et projecteurs vidéos) ;
- le matériel de reproduction et d'enregistrement du son et de l'image (tels que les magnétoscopes, caméscopes, magnétophones, dictaphones, lecteurs de cassettes ou de disques compacts et répondeurs téléphoniques) ;
- le matériel électroacoustique (tels que les haut-parleurs, amplificateurs, microphones et récepteurs de téléphone) ;
- les accessoires (tels que les décodeurs, antennes et graveurs) (étude Xerfi, Produits bruns (fabrication et commerce de gros), juin 2011, p. 11).
14. Ces produits peuvent être commercialisés en éléments séparés ou en systèmes (comme les systèmes d'enceintes, chaînes hi-fi et home cinéma).
15. Le secteur des produits de l'électronique grand public a connu une forte croissance entre les années 2000 et 2007 en raison de l'engouement des consommateurs pour les nouvelles technologies. Après un recul en 2008 et en 2009, les dépenses des ménages en produits bruns ont de nouveau progressé en 2010, année où elles s'élevaient à 9,3

milliards d'euros, soit une progression de 2 % en comparaison de l'année précédente (étude précitée, p. 17).

16. De nombreux fabricants de produits de l'électronique grand public sont présents sur le segment dit « haut de gamme » et font distribuer leurs produits par le biais d'un réseau de distribution sélective. C'est le cas notamment de B&O, B&W Loudspeakers, Bose, Cabasse, Denon, Focal JM Lab, Jamo, Marantz et Triangle Industries.

17. Le tableau ci-dessous présente les chiffres d'affaires réalisés en France en 2010 par les principales entreprises du secteur de la distribution sélective de matériel hi-fi et home cinéma.

Entreprise	Chiffre d'affaires(en euros)
B&O	17 300 000
B&W Loudspeakers	8 421 000
Bose	43 470 000
Cabasse	6 422 700
D&M (dont Denon et Marantz)	19 060 000
Focal JM Lab	11 078 900
Klipsch (dont Jamo)	7 338 000
Triangle Industries	3 430 800

C. L'ENTREPRISE EN CAUSE

18. La société danoise Bang & Olufsen A/S fabrique des produits de l'électronique grand public considérés, pour une partie, comme étant de qualité haut de gamme. Les produits de la marque Bang & Olufsen peuvent être classés en sept catégories : les produits audio, les enceintes, les produits vidéo, les écrans plasma, les téléphones, les « accessoires » (tels que des baladeurs, porte-clefs à télécommande), et les pièces détachées. Le chiffre d'affaires mondial consolidé pour l'exercice financier 2010/2011 de cette société s'est élevé à 384 819 000 euros environ.

19. Sa filiale française, la société Bang & Olufsen France, est chargée d'assurer la commercialisation en gros des produits de la marque en France. Son capital est détenu en totalité par sa société-mère. Au 31 mai 2011, son chiffre d'affaires annuel s'élevait à 19 082 382 euros.

20. En France, les produits de la marque Bang & Olufsen sont vendus au sein d'un réseau de distribution sélective composé de 48 distributeurs. Bang & Olufsen France et ses distributeurs sont liés par un contrat européen de distribution sélective (cotes 4202 à 4207, ci-après le « contrat »). Ce contrat n'a pas été modifié depuis le 10 août 1989 (cote4373).

21. Aux termes des conditions commerciales pour la saison 2011-2012, les distributeurs agréés se répartissent en trois catégories correspondant au pourcentage de leur chiffre d'affaires réalisé avec la vente des produits de la marque Bang & Olufsen :

- relèvent dela première catégorie dite « B1 », les distributeurs réalisant au moins 80 % de leur chiffre d'affaires avec la vente des produits de la marque Bang & Olufsen. Le réseau de distribution sélective comptabilise actuellement 46 distributeurs « B1 » ;
- relèvent de la deuxième catégorie dite « Shop in Shop », les distributeurs réalisant au moins 50 % de leur chiffre d'affaires avec la vente des produits de la marque Bang & Olufsen. Le réseau de distribution sélective compte actuellement 2 distributeurs « Shop in Shop » ;

- relèvent de la troisième catégorie dite « Autres », les distributeurs réalisant au moins 25 % de leur chiffre d'affaires avec la vente des produits de la marque Bang & Olufsen. Aucun distributeur ne relève de cette catégorie (cote 4224).
22. A chaque catégorie correspondent, d'une part, des obligations spécifiques en termes de surface, d'aménagement intérieur du magasin et, d'autre part, des conditions tarifairesspécifiques (cotes 4208 à 4220).

D. LA PRATIQUE EN CAUSE
1. LE CONTRAT EUROPÉEN DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE
23. L'article 6.1 du contrat établi en 1989 et jamais modifié depuis, reproduit ci-dessous, prohibe la vente par correspondance (cote 4204).
Encadré 1: Extrait du contrat européen de distribution sélective liant Bang &Olufsen à ses distributeurs agréés
« 6 -VENTES
6.1 Le Distributeur s'engage à n'offrir à la vente les produits BANG & OLUFSEN qu'aux consommateurs et aux autres distributeurs agréés BANG *&* OLUFSEN situés dans le Territoire. La distribution de produits BANG & OLUFSEN par correspondance n'est pas autorisée. »
2. LA CIRCULAIRE DU 23 AOÛT 2000 RELATIVE À LA « *POLITIQUE D'UTILISATION D'INTERNET* » ET SA LETTRE D'ACCOMPAGNEMENT
24. Une circulaire en date du 23 août 2000 relative à la « *Politique d'utilisation d'Internet* » a été diffusée à l'ensemble des distributeurs de Bang & Olufsen France (cotes 246 à 250).
25. Bang & Olufsen France y présente sa politique d'utilisation d'Internet.
Encadré 2 :Extrait de la circulaire du 23 août 2000 relative à la « *Politique d'utilisation d'Internet* »
« I Magasins Bang & Olufsen (B1)
Chaque magasin B1 a la possibilité d'avoir une page web dans le domaine de Bang & Olufsen (www.bang-olufsen.com)
Cette page doit être conforme aux recommandations en matière d'identité, respecter la charte graphique de Bang & Olufsen et suivre la structure proposée. (…)
Bang & Olufsen se réserve le droit de rejeter certaines propositions de pages web. (…)
II Sites personnels (en dehors du domaine de Bang & Olufsen)
L'utilisation de logos, marques déposées et autres biens immatériels appartenant au Groupe Bang & Olufsen n'est pas autorisée sur les sites web personnels. Les sites web personnels peuvent cependant,contenir les informations suivantes :
1) Le revendeur peut signaler qu'il est revendeurdeBang & Olufsen.
2) Le revendeur peut mentionner qu'il est qualifié pour donner des conseils sur les produits
Bang & Olufsen.
3) Le revendeur peut inviter des clients à des démonstrations de produits Bang & Olufsen dans le magasin.
4) Le revendeur peut renvoyer sur le site web de Bang & Olufsen à l'aide d'un lien sur son site personnel. (…) »
26. Dans la lettre accompagnant cette circulaire, Bang & Olufsen France indique : « Nous vous prions de bien vouloir en prendre note et de vous conformer à son contenu. Cette politique prendra effet à partir du 01.09.2000. Vous noterez d'ailleurs dans le compte rendu ci-joint (…) que le groupe impose une volonté ferme quant au respect de ses mesures» (cotes 246 à 250).
3. LES DÉCLARATIONS DE BANG &OLUFSEN FRANCE ET BANG &OLUFSEN A/S

a) La lettre du 17 avril 2001

27. Suite à la visite de ses locaux par la DGCCRF, Bang & Olufsen France lui a adressé une lettre (cotes 3755 à 3757), reproduit ci-dessous, exposant sa position à l'égard d'Internet.

Encadré 3: Extrait de la lettredu 17 avril 2001 adressé par Bang & Olufsen France àla Direction nationale des enquêtes de concurrence

« Sur notre position à l'égard de l'internet:

Notre contrat de distribution n'autorise pas la vente à distance pour des raisons très essentielles liées à la nature de nos produits à la fois en termes logistiques et en termes techniques. Nos produits sont des produits de haute technologie qui nécessitent une installation et une programmation spécifiques lié[e]s au concept link que nous commercialisons par ailleurs et qui consiste à "c[â]bler" tous les produits entre eux. Nos produits peuvent ainsi "dialoguer" et opérer via une seule télécommande des transferts de périphériques, par exemple on peut contrôler toutes les sources sonores connectées au système principal depuis une pièce secondaire et utiliser les enceintes d'une chaîne pour écouter le prog[r]amme TV diffusé dans une autre pièce et inversement écouter sur toutes les enceintes de la maison, le CD quipasse sur une chaîne située dans une pièce secondaire.

Ces spécificités propres à Bang & Olufsen et qui sont l'âme de la marque exigent un conseil adapté auprès du consommateur et c'est la raison pour laquelle la médiation du revendeur nous parait une absolue nécessité. Cela semble être également une évidence pour nos revendeurs puisque nous n'avons jamais eu à traiter de ventes par internet avec aucun de nos revendeurs.(…) »

b) L'audition du 14 octobre 2005

28. Le 14 octobre 2005, la rapporteure a procédé à l'audition des représentants de Bang & Olufsen France et de Bang & Olufsen A/S, qui a donné lieu à un procès-verbal dont un extrait est reproduit ci-après (cotes 4180 à 4183).

Encadré 4: Extrait de l'audition du 14 octobre 2005 desreprésentants de Bang &OlufsenFrance et de Bang & Olufsen A/S

«a) La vente par commerce électronique est-elle toujours prohibée par l'article 6.1 du contrat européen de distribution sélective au travers de l'interdiction de toute vente par correspondance ?

Nous considérons que la qualité de service nécessaire à la vente de nos produits exige un contact que ne permet pas[la]vente par correspondance.

b) Est-ce une interdiction totale de principe ?

C'est la conséquence des nécessités précité[e]s.

c) Comment concilier cette interdiction avec le point 51 de l'article III-3 relatif aux restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption des lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne du 13 octobre 2000 d'après lequel « *Chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits.* »

Nous exprimons les plus expresses réserves sur cette question et sa formulation. Nous ne voyons pas de contradiction entre cette interdiction dans notre contrat et la réglementation en vigueur. D'ailleurs nous constatons qu'aucun de nos distributeurs ou consommateurs ne nous demande expressément d'autoriser la vente sur internet. Nous attachons beaucoup d'importance au développement des relations directes entre les distributeurs et les consommateurs ; ainsi, afin de favoriser la concurrence entre distributeurs, nous offrons la possibilité aux consommateurs sur le site BO.com de contacter un distributeur et de lui demander, par courrier électronique, sur le site internet ou par téléphone un rendez vous à domicile ou en magasin. Le distributeur est libre d'y

répondre. Il peut y avoir démonstration à domicile suivie d'une vente à domicile. Nous n'avons aucune statistique disponible sur ce type de vente. (…) »

c) L'audition du 7 février 2012

29. Le 7 février 2012, le rapporteur a procédé à l'audition d'un représentant de Bang & Olufsen A/S, qui a donné lieu à un procès-verbal dont un extrait est reproduit ci-après(cotes 4255 à 4260).

Encadré 5 : Extraitde l'audition du7février 2012 du représentant de Bang & Olufsen A/S

« Question 1 : Confirmez-vous que la vente par correspondance et en particulier par Internet est rendue impossible par le contrat européen de distribution sélective conclu entre la société Bang & Olufsen France et ses distributeurs agréés ?

Réponse : Au moment de la rédaction du contrat européen de distribution sélective (contrat antérieur à 1989), Internet n'existait pas et c'est la vente par correspondance qui était interdite dans le contrat, ce qui est licite (approbation par la Commission européenne). Le contrat ne prévoit aucune disposition concernant les ventes sur Internet.

- Question 2 : Lors de la précédente audition le 14 octobre 2005, le représentant de la sociétéBang & Olufsen France a expliqué que l'interdiction de vente par Internet découle de l'interdiction de la vente par correspondance. Confirmez-vous cette affirmation ?

Réponse : Le représentant de Bang & Olufsen France visait d'après ma compréhension les ventes par correspondance. Je ne vois pas de contradiction. Mon interprétation est conforme à ce qui se passe dans les faits. A ma connaissance, Bang & Olufsen ne s'est jamais opposé à un distributeur qui aurait distribué des produits sur Internet.

(…)

- Question 11 :Savez-vous si certains distributeurs souhaiteraient vendre sur Internet ?

Réponse : Vendre sur Internet est coûteux et cela requiert beaucoup de compétence concernant les règles fiscales applicables en Europe et les règles de protection des consommateurs. Cela peut conduire de nombreux distributeurs à décider de ne pas vendre sur Internet. Dans certains pays, le distributeur doit rembourser au consommateur un produit retourné avant même la réception de celui-ci, ce qui peut être dissuasif. En outre, le coût de gestion de produits retournés peut également dissuader des distributeurs de vendre sur Internet. De nombreux distributeurs considéreront ne pas avoir une taille et des ressources suffisantes pour vendre sur Internet. Les critères que Bang & Olufsen communiquera prochainement permettront aux distributeurs de réaliser des ventes sur Internet en sachant qu'ils le font dans des conditions conformes à ce qui est requis par des produits Bang & Olufsen. Par exemple, le produit BeoVision 7 (écran de télévision) existe en 1 000 versions différentes et requiert donc une assistance extrêmement personnalisée.

(…)

- Question 17 : Voyez-vous des obstacles à la vente des produits plug and play sur Internet ?

Nous sommes en cours d'élaboration de critères pour les distributeurs qui souhaitent vendre les produits Bang et Olufsen sur Internet. Cela concerne tous les produits de notre gamme. Ce sera de la responsabilité des distributeurs de décider s'ils veulent vendre des produits de notre gamme sur Internet et s'ils décident de le faire, ils devront se conformer aux critères.

- Question 18 : Avez-vous une idée des critères auxquels seront soumis les distributeurs ?

Réponse : Les critères ne sont pas encore définitivement définis et nous devrons vérifier leur conformité aux réglementations en vigueur avant de les diffuser.

- Question 19 : Quand seront mises en place ces nouvelles règles ?
Réponse : Nous envisageons de les avoir finalisées pour la fin du mois de février 2012.
(…) »
d) Les déclarations des distributeurs
30. Le 15 février 2012, le rapporteur a recueilli les déclarations, reproduites ci-dessous, d'un premier distributeur « B1 » de produits Bang & Olufsen (cotes 4265 à 4267).
Encadré 6 : Extrait des déclarations du 15 février 2012 d'un distributeur deproduits Bang &Olufsen
« Question 2 :Le magasin vend-il des produits en ligne ?
Réponse : Non.
- Question 3 : La vente en ligne est-elle autorisée par le contrat de distribution sélective qui lie le magasin à la société Bang & Olufsen ?
Réponse : La situation est floue avec la marque. La marque ne voulait pas qu'on vende sur Internet jusqu'à il y a 2-3 ans. Les situations évoluent aujourd'hui. Nous sommes en consultation juridique pour déterminer nos droits.
- Question 4 : Le magasin a-t-il déjà fait une demande auprès de la société Bang & Olufsen pour vendre des produits en ligne? Cette demande a-t-elle abouti ?
Réponse : Non, nous n'avons pas fait de demande formelle auprès de Bang & Olufsen. »
31. Le 16 février 2012, le rapporteur a recueilli les déclarations, reproduites ci-dessous, d'un second distributeur « B1 » de produits Bang & Olufsen (cotes 4269 à 4271).
Encadré 7 : Extrait des déclarations du 16 février 2012 d'un distributeur deproduits Bang &Olufsen
« Question 2 : Le magasin vend-il des produits en ligne ?
Réponse : Non.
Question 3 : La vente en ligne est-elle autorisée par le contrat de distribution sélective qui lie le magasin à la société Bang & Olufsen ?
Réponse : La vente en ligne n'est pas autorisée par la société Bang & Olufsen. La situation est floue aujourd'hui avec la prochaine vente en ligne des produits de la gamme BO Play à la fois par la maison mère Bang & Olufsen A/S et les Apple Store. A ma connaissance, aucun distributeur n'a de site de vente en ligne.
Question 4 : Le magasin a-t-il déjà fait une demande auprès de la société Bang & Olufsen pour vendre des produits en ligne ? Cette demande a-t-elle abouti ?
Réponse : Non, le magasin n'a pas fait de demande écrite. Il y a eu des demandes d'ouverture de site web mais ces demandes orales sont resté[e]s sans réponse de la part de Bang & Olufsen. »
E. LEGRIEF NOTIFIÉ
32. Par courrier en date du 13 mars 2012, la rapporteure générale de l'Autorité a notifié aux sociétés Bang& Olufsen France et Bang& Olufsen A/S le grief reproduit ci-dessous (cotes 4300 à 4324) :
« d'avoir depuis 2001, en interdisant la vente par correspondance laquelle inclut la vente sur Internet de ses produits à ses distributeurs agréés, mis en oeuvre une pratique prohibée par l'article 81 du traité CE devenu 101§1 TFUE et qui n'entre pas dans le champ d'exemption du règlement n°2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, règlement concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (article 101, paragraphe 1, du TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ni du règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, ainsi que par l'article L. 420-1 du code de commerce ».

II. Discussion

A. SUR L'APPLICABILITÉ DU DROITDE L'UNION

33. Le grief a été notifié sur le fondement des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE.
34. L'article 101, paragraphe 1, du TFUE prohibe les accords horizontaux ou verticaux ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence et qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres.
35. Cette disposition doit, conformément à l'article 3 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues auxarticles 81 et 82 du traité [devenus 101 et 102 du TFUE] (JO L 1 du 4.1.2003, p.1), être appliquée par les autorités nationales de concurrence, parallèlement aux règles prévues par le droit interne, à toute pratique susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, que ce soit de manière réelle ou seulement potentielle et directe aussi bien qu'indirecte (voir arrêts de la Cour de justice du 21 janvier 1999, Bagnasco e.a., C-215/96 et C-216/96, Rec. p. I-135, point 47, et du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. 2001 p. I-8089, point 48). Le caractère sensible d'une telle affectation directe ou indirecte, potentielle ou actuelle, du commerce entre Etats membres résulte d'un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, le volume de ventes global concerné par rapport au volume national n'étant qu'un élément parmi d'autres (arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012, n° 10-25772, 10-25775 et 10-25882, France Télécom e.a.).
36. Dans le cas particulier d'une entente s'étendant à l'intégralité ou à la vaste majorité du territoire d'un Etat membre, les juridictions de l'Union ont jugé « *qu'il existe, à tout le moins, une forte présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un Etat membre soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges intracommunautaires. Cette présomption ne peut être écartée que si l'analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire* » (arrêt du Tribunal du 14 décembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission, T-259/02 à T-264/02 et 271-02, Rec. p. II-5169, point 181). Sur pourvoi, la Cour de justice a précisé que « *le fait qu'une entente n'ait pour objet que la commercialisation des produits dans un seul Etat membre ne suffit pas pour exclure que le commerce entre Etats membres puisse être affecté. En effet, une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un Etat membre a, par sa naturemême, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité CE* » (arrêt du 24 septembre 2009, Erste Group Bank/Commission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, Rec. p. I-8681, point 38).
37. En l'espèce, le contrat de distribution sélective en cause lie Bang & Olufsen France à l'ensemble de ses 48 distributeurs agréés sur le territoire français.
38. Ensuite, les distributeurs agréés de Bang & Olufsen France sont, pour plusieurs d'entre eux, implantés dans des départements frontaliers commeles Alpes-Maritimes, le Bas-Rhin, le Doubs, le Haut-Rhin, la Haute-Savoie, le Nord, les Pyrénées-Atlantiques, les PyrénéesOrientales et la Savoie.
39. En outre, la pratique en cause concerne la vente par Internet. A cet égard, la cour d'appel de Paris a déjà été conduite à rappeler qu'Internet « *par nature est ouvert au*

commerce transfrontalier » (arrêt du 16 octobre 2007, Bijourama, n° 2006/17900, p. 6). Dans le même sens, la Commission européenne souligne qu'Internet est « *un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients. Le fait qu'il puisse avoir des effets en dehors du territoire ou de la clientèle affectés à un distributeur est le résultat de cette technique, à savoir un accès facile à partir de n'importe quel lieu* » (communication n° 2000/C 291/01 du 13 octobre 2000 portant lignes directrices sur les restrictions verticales, paragraphe 51).

40. De fait, les produits en cause sont susceptibles d'être achetés et vendus indifféremment dans toute l'Union européenne.

41. Enfin, l'entreprise en cause, qui réalise l'essentiel de son activité dans ce secteur, y occupe une position importante, eu égard à son chiffre d'affaires en France et à celui du groupe auquel elle appartient.

42. Au surplus, les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S ne contestent pas l'applicabilité du droit de l'Union en l'espèce.

43. Il résulte de ce qui précède que la pratique en cause est susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres et que le droit de l'Union trouve dès lors à s'appliquer.

B. SUR LE GRIEF NOTIFIÉ

1. SUR LE MARCHÉ PERTINENT

44. Il résulte d'une jurisprudence constante des juridictions de l'Union que l'obligation d'opérer une délimitation précise du marché en cause dans une décision adoptée enapplication de l'article 101 du TFUE s'impose aux autorités de concurrence uniquement lorsque, sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur (arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, William Prym/Commission, T-30/05, Rec. p. II-107, point 86 et la jurisprudence citée).

45. La jurisprudence interne va dans le même sens (voir, notamment, arrêt de la cour d'appel Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 40).

46. En l'espèce, les constatations ci-dessus font apparaître que Bang & Olufsen France est chargée d'assurer la commercialisation en gros des produits de la marque sur l'ensemble du territoire français. Ces produits appartiennent, pour la plupart d'entre eux, à la famille des produits bruns et aux produits gris pour la téléphonie. Eu égard à la nature et à l'objet de la pratique en cause, il n'apparaît pas nécessaire de délimiter plus précisément le marché géographique et de produits en cause.

2. SUR L'EXISTENCE D'UNE ENTENTE

a) Rappel des principes

47. Les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibent notamment toute entente entre fournisseurs et distributeurs ayant pour objet ou pour effet de restreindre le libre jeu de la concurrence.

48. La Cour de justice a rappelé, dans son arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre DermoCosmétique, précité, que, « *pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 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 (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, GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. p. I-9291, point 55 ainsi que jurisprudence citée). 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)* » (points 34 et 35).

49. Elle y a par ailleurs considéré qu'une clause interdisant *de facto* aux distributeurs agréés, membres d'un réseau de distribution sélective, toute forme de vente par Internet «*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 estdonc susceptible de restreindre la concurrence dans ce secteur* » (point 39).

50. Elle a souligné, en particulier, que de telles clauses ne peuvent être considérées comme anticoncurrentielles– ou au contraire comme compatibles avec les règles de concurrence – au simple motif qu'elles s'insèrentdans un accord plus vaste mettant en place un réseau de distribution sélective, mais doivent faire l'objet d'une appréciation spécifique. A cet égard, la Cour de justice a rappelé que « *de tels accords influencent nécessairement la concurrence dans le marché commun (arrêt du 25 octobre 1983, AEG •Telefunken/Commission, 107/82, Rec. p. 3151, point 33). De tels accords sont à considérer, à défaut de justification objective, en tant que* "restrictions par objet" *. 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, paragraphe 1, TFUE (arrêt AEG-Telefunken/Commission, précité, point 33). À cet égard, 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)* » (points 39 à 41).

51. Aux fins d'apprécier le caractère anticoncurrentiel ou non d'une telle clause, la Cour de justice a estimé que, 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)* » (point 42).

52. A cet égard, elle a rappeléqu'elle « 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) » (point 44).
53. Elle a également jugé que 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, paragraphe 1, TFUE » (point 46).

b) Appréciation de l'Autorité
Sur l'existence d'une restriction de la concurrence
54. Au cours de l'audition du 7 février 2012, Bang & Olufsen A/S a contesté que le contrat, à travers l'interdiction de vente par correspondance qu'il stipule, interdise aussi la vente par Internet (cotes 4255 à 4260). A cet égard, elle a déclaré qu'« [a] *u moment de la rédaction du contrat européen de distribution sélective (contrat antérieur à 1989), Internet n'existait pas et c'est la vente par correspondance qui était interdite dans le contrat, ce qui est licite (approbation par la Commission européenne). Le contrat ne prévoit aucune disposition concernant les ventes sur Internet* » (cotes 4255 à 4260).
55. Cependant, les pièces du dossier prouvent à suffisance de droit que, contrairement à ce qu'elle soutient, la société Bang & Olufsen France interdit *de facto* à ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, de vendre ses produits par Internet.
56. Cette interdiction ressort, en premier lieu, du contrat européen de distribution sélective de Bang & Olufsen France tel que lu à la lumière de la circulaire du 23 août 2000 relative à la politique d'utilisation d'Internet.
57. S'il est vrai que, en 1989, Internet ne constituait pas un canal de commercialisation, il est question en l'espèce de l'extension de l'interdiction de la vente par correspondance à Internet alors que ce dernier aurait pu être utilisé comme canal de commercialisation à compter de son apparition.
58. Les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S ont indiqué, dans leurs observations en réponse au rapport, que « [c] *ette circulaire avait pour seul objet de définir les modalités de l'utilisation d'Internet par les distributeurs agréés, sur le site Bang & Olufsen, d'une part, et sur leur propre site, d'autre part* » (observations au rapport, paragraphe 149).
59. Cette circulaire, en date du 23 août 2000 et intitulée « *Politique d'utilisation d'Internet* », a été diffusée à l'ensemble des distributeurs (cotes 246 à 250). Aux termes de cette circulaire, un distributeur « B1 » peut bénéficier d'une page web dans le domaine de Bang & Olufsen et d'un site web personnel. Pour les distributeurs « Shop in Shop » et« Autres », seul un site web personnel est autorisé.
60. Concernant la page web dans le domaine de Bang & Olufsen, il est indiqué que « [c] *ette page doit* (…) *suivre la structure proposée* ». Cette circulaire spécifie que « *Bang & Olufsen se réserve le droit de rejeter certaines propositions de pages web* ». Or, il a été constaté qu'aucune page web dans le domaine de Bang & Olufsen France ne prévoit la vente par Internet.
61. En ce qui concerne les sites web personnels, la circulaire énonce les informations pouvant être contenues : « *Les sites web personnels peuvent cependant contenir les informations suivantes :*

- Le revendeur peut signaler qu'il est revendeur Bang & Olufsen.
- Le revendeur peut mentionner qu'il est qualifié pour donner des conseils sur les produits Bang & Olufsen.
- Le revendeur peut inviter des clients à des démonstrations de produits Bang & Olufsen dans le magasin.
- Le revendeur peut renvoyer sur le site web de Bang & Olufsen à l'aide d'un lien sur son site personnel ».

62. Cette énumération étant limitative et ne comprenant pas la vente par Internet, elle corrobore elle aussi le fait que cette dernière était, *de facto*, impossible.

63. Par ailleurs, cette circulaire précise que « [l] 'utilisation de logos, marques déposées et autre biens immatériels appartenant au Groupe Bang & Olufsen n'est pas autorisée sur les sites web personnels ». Une telle interdiction, conjuguée aux autres éléments relevés,confirme que la politique de Bang & Olufsen France tend à rendre matériellementimpossible la vente sur Internet des produits de marque Bang & Olufsen par les distributeurs agréés de cette entreprise.

64. Enfin, dans la lettre accompagnant ce document, il est signifié aux distributeurs que « *le groupe impose une volonté ferme quant au respect de ses mesures* ».

65. L'interdiction de la vente par correspondance, telle qu'elle est exprimée dans le contrat, s'est donc étendue à la vente par Internet alors que ce dernier aurait pu être utilisé comme canal de commercialisation.

66. La portée du contratet de la politique de l'intéressée vis-à-vis de la vente en ligne par ses distributeurs agréés est, en second lieu, confirmée par les déclarations de Bang & OlufsenFrance et Bang & Olufsen A/S, d'une part, et par celles de ses distributeurs agréés, d'autre part.

67. A cet égard, dans son courrier du 17 avril 2001 à la DGCCRF, Bang & Olufsen France indiquait, dans un paragraphe intitulé « *Sur notre position à l'égard de l'internet* », que : «*Notre contrat de distribution n'autorise pas la vente à distance pour des raisons très essentielles liées à la nature de nos produits à la fois en termes logistiques et en termes techniques* » (cotes 3755 à 3757). Cette déclaration de l'entreprise elle-même confirme que l'intéressée appréhendait la vente par internet comme une forme de vente à distance et entendait la soumettre à lamême interdiction que la vente par correspondance.

68. Cette interdiction a, du reste, encore été confirmée lors de l'audition du directeur général de Bang & Olufsen France et d'un représentant du service juridique de Bang & Olufsen A/S le 14 octobre 2005 (cotes 4180 à 4183). A la question de savoir si le commerce électronique était interdit sur le fondement de l'article 6.1 du contrat interdisant la vente par correspondance, les personnes auditionnées ont déclaré que « *la qualité de service nécessaire à la vente de nos produits exige un contact que ne permet pas* [la] *vente par correspondance* » et que cette interdiction était la conséquence de ces nécessités.

69. Par ailleurs, les déclarations des deux distributeurs interrogés, pour le premier le 15 février 2012 et pour le second le 16 février 2012, confirment l'interdiction contractuelle de vente par Internet. A la question « [l] *a vente en ligne est-elle autorisée par le contrat de distribution sélective qui lie le magasin à la société Bang & Olufsen ?* », le premier distributeur a répondu : « *La situation est floue avec la marque. La marque ne voulait pas qu'on vende sur Internet jusqu'à il y a 2-3 ans. Les situations évoluent aujourd'hui. Nous sommes en consultation juridique pour déterminer nos droits* » (cotes 4265 à 4267). A la même question, le second distributeur a répondu : « *La vente en ligne n'est pas autorisée par la société Bang & Olufsen. La situation est floue aujourd'hui avec la prochaine vente* en ligne des produits de la gamme BO Play à la fois par la maison mère Bang & Olufsen A/S

et les Apple Store. A ma connaissance, aucun distributeur n'a de site de vente en ligne» (cotes 4269 à 4271). Si les deux distributeurs reconnaissent que la situation «*évolue* », tout en restant d'ailleurs « *floue* », ils confirment tous deux clairement l'existence d'une interdiction de vente par Internet.

70. Il ressort de ce qui précède que, contrairement à ce qu'elle soutient, la société Bang et Olufsen France a interdit *de facto* la vente par Internet à ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective. Bien que les effets réels précis de cette situation ne puissent être déterminés, cette circonstance n'est pas de nature à remettre en cause le constat de l'existence d'une restriction de la concurrence. En effet, quels que puissent en être les effets concrets, la politique mise en place par l'intéressée, telle qu'elle ressort au premier chef des documents diffusés par l'entreprise et de ses propres déclarations, tendait par son objet même à interdire *de facto* la vente par Internet et, selon les termes de la jurisprudence, à réduire la possibilité qu'avaient les distributeurs agréés de vendre les produits contractuels aux clients situés en dehors de leur territoire contractuel ou de leurzone d'activité, ainsi, par voie de conséquence, à restreindre la concurrence dans ce secteur.

71. Bang & Olufsen France, par l'exclusion de ce canal de commercialisation, limite unilatéralement la liberté commerciale des distributeurs agréés, membres de son réseau dedistribution sélective, alors que ce canal leur permettrait, s'ils avaient la possibilité d'y recourir, d'accéder à davantage de consommateurs.

72. Quant à ces derniers, ils sont privés d'un moyen de bénéficier de possibilités de choix plus vastes, d'un accès aux produits plus aisé et d'obtenir de meilleurs prix.

73. Enfin, il faut relever que, dans leurs observations écrites, les parties n'ont allégué l'existence d'aucune justification objective. Au cours de la séance, elles ont clairement confirmé qu'elles ne revendiquaient le bénéfice d'aucune justification objective.

Sur les autres arguments des mises en cause

74. Aucun des autres arguments invoqués par les parties ne remet en cause les appréciations qui précèdent.

75. En premier lieu, les parties soulignent que le contrat a été notifié à la Commission européenne le 19 juin 1989 et que, par lettre en date du 10 août 1989, la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne avait alors considéré que : « *Sur la base des faits communiqués, la Direction Générale de la Concurrence n'a aucune raison de remettre en cause ces contrats, conformément à l'Article 85.1 du Traité sur l'Union Européenne* » (cotes 4251 à 4253).

76. Cependant, une telle lettre, qui exprime une simple opinion de la Commission selon laquelle il n'y a pas lieu d'intervenir à l'égard d'un contrat donné, ne lie pas les autorités nationales et ne les empêche pas de porter, en fonction des éléments dont elles disposent, une appréciation différente sur les accords concernés (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de justice du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p. 3775, points 11 et 12).

77. Il en est d'autant moins ainsi en l'occurrence qu'Internet n'existait pas à la date de cette lettre de la Commission, non plus que la politique définie par l'entreprise en cause à son égard.

78. Les appréciations figurant dans la lettre de confort adressée à Bang & Olufsen A/S ne sont donc pas susceptibles de remettre en cause les appréciations effectuées par l'Autorité en l'espèce.

79. En deuxième lieu, afin de contester les déclarations des deux distributeurs, les parties font état de contentieux qui les ont opposées à ces distributeurs, d'une part, et de la situation « *floue* » à laquelle tous deux se réfèrent, d'autre part.

80. L'existence de ces contentieux ne permet pas, à elle seule, de remettre en cause la crédibilité des déclarations des distributeurs concernés devant l'Autorité, qui portent au demeurant sur un problème juridique différent de ceux qui les opposaient à Bang et Olufsen France.
81. De plus, il ressort de leurs déclarations que les deux distributeurs en cause estiment la situation « *floue* » en raison, pour le premier, d'une évolution de l'interdiction de vente en ligne, sans qu'il précise pour autant qu'elle est désormais autorisée, et, pour le second, de la prochaine vente en ligne de produits de la gamme BO Play par Bang & Olufsen A/S etApple Store. Ces extraits, à replacer dans le contexte plus général des déclarations citées plus haut, sont à l'évidence insusceptibles de remettre en cause le faisceau d'éléments au vu desquels l'Autorité s'est déterminée.
82. En troisième lieu, au cours de l'audition du 7 février 2012, le représentant de Bang & Olufsen A/S déclarant que des lignes directrices pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs étaient en cours d'élaboration, le rapporteur avait alors demandé « *Quand seront mises en place ces nouvelles règles ?* ». Le représentant de Bang & Olufsen A/S avait répondu : « *Nous envisageons de les avoir finalisées pour la fin du mois de février 2012* ».
83. A la question du collège demandant, en séance le 23 octobre 2012, quelle était exactement la situation d'aujourd'hui et si un document écrit avait explicitement autorisé la vente par Internet, les parties ont fait état de lignes directrices en date du mois de février ou de mars 2012 qu'elles auraient établies afin de guider dans la vente par Internet les distributeurs agréés qui désireraient y recourir.
84. A la suite de la séance et à la demande du collège, les entreprises mises en cause ont communiqué par courrierun document qu'elles qualifient de « "lignes directrices" *pour la vente sur Internet des produits Bang & Olufsen par les distributeurs agréés français* » (cotes 6619 à 6627). Ce document rédigé en anglais et daté de novembre 2011, sous le timbre d'un cabinet d'avocats danois et non pas sous celui de Bang & Olufsen France ou Bang & Olufsen A/S, est accompagné d'un courrier du conseil français des mises en cause.
85. Il y est indiqué que :
« [l] es "lignes directrices" (…) ont été finalisées en novembre 2011. Elles ont notamment été présentées aux distributeurs Bang & Olufsen situés en France au cours d'une réunion qui s'est tenu le 4 mai 2012.
Bang & Olufsen constate qu'aucune demande de communication des "lignes directrices" n'a été formulée par les deux distributeurs parisiens interrogés par Monsieur le Rapporteur au cours de l'instruction du dossier ».
86. Cependant, ces affirmations sont, concernant la date d'adoption de ces lignes directrices,contradictoires avec les déclarations recueillies lors de l'audition du 7 février 2012, selon lesquelles le document était alors en cours de finalisation. Par ailleurs, les modalités de la diffusion de ces lignes directrices ne sont pas explicitées.
87. Le document transmis n'éclaire donc pas le collège sur l'existence, ou non, à la date de la séance, d'une information claire et incontestable à destination des distributeurs agréés sur la possibilité de vendre par Internet.
88. A supposer même qu'il ait été éclairant à cet égard, il n'aurait en tout état de cause pas été de nature à remettre en cause les constatations et les appréciations faites plus haut au sujet de l'existence d'une restriction de la concurrence pendant la période antérieure à sa diffusion.
89. En quatrième lieu, les parties contestent, en substance, l'existence d'un commerce électronique de produits bruns depuis l'an 2000.
90. Cette allégation n'est pas de nature à remettre en cause l'interdiction de vente par Internet faite par Bang & Olufsen France à ses distributeurs dans la mesure où, dès l'an

2000, Internet pouvait être utilisé comme canal de commercialisation et où la législation en vigueur ne s'y opposait pas.
91. Au demeurant, une étude publiée par le ministère de l'économie et des financesmontre que le montant des achats en ligne des ménages était, dès l'année 2000, compris entre 579 et 960 millions d'euros et, pour l'année 2001, compris entre 1,46 et 1,982 milliard d'euros (Mission pour l'économie numérique, Mise à jour du Tableau de bord du commerce électronique, septembre 2002, p. 76).
92. C'est précisément cet essor, entre autres éléments, qui a, dès l'an 2000, conduit les institutions européennes à encadrer ce canal de commercialisation, avec, d'une part, la directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1), et, d'autre part, les lignes directrices sur les restrictions verticales précitées, par lesquelles la Commission européenne a préciséque « [c] *haque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits* »(paragraphe 51).
93. En cinquième et dernier lieu, les parties expliquent l'absence de vente de produits Bang & Olufsen par Internet par le désintérêt commercial et financier des distributeurs agréés pour ce canal de commercialisation.
94. Une étude économique est produite à l'appui de cette affirmation aux termes de laquelle, d'une part, le lancement d'un site de vente par Internet engendrerait un investissement initial minimum de 350 000 euros, alors que le chiffre d'affaires moyen d'un magasin agréé est de 470 000 euros et, d'autre part, cet investissement ne pourrait être compensé par l'accroissement de clientèle provoqué par le recours à la vente par Internet en raison de la cohérence du maillage territorial du réseau de distribution sélectivede Bang & Olufsen France avec l'implantation de sa clientèle.
95. Cependant, cette explication, qui est au demeurant beaucoup trop générale et abstraite pour emporter la conviction sur l'intérêt individuel que pouvait avoir tel ou tel distributeur à se lancer dans la vente en ligne, ne saurait écarter le constat d'infraction effectué par l'Autorité. En effet, il demeure que Bang & Olufsen France a interdit, en pratique, à sesdistributeurs d'utiliser Internet comme canal de commercialisation. C'est par ailleurs aux distributeurs agréés membres du réseau de distribution sélective de Bang & Olufseneux-mêmes, et non au fournisseur, qu'il appartenait de déterminer leur intérêt de recourir ou pas à la vente par Internet.
96. Il ressort en outre du dossier que certains distributeurs avaient bel et bien un intérêt à pratiquer la vente en ligne. Le second distributeur interrogé par les services d'instruction a ainsi déclaré qu'« [i] *l y a eu des demandes d'ouverture de site web mais ces demandes orales sont resté* [e] *s sans réponse de la part de Bang & Olufsen* » (cotes 4269 à 4271).

3. SUR L'EXEMPTION DE LA PRATIQUE
97. L'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 102 du 23.4.2010, p. 1) a exclu du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par ce règlement les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé.

98. S'agissant de la disposition équivalente inscrite dans le précédent règlement d'exemption par catégorie, la Cour de justice a jugé 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* » (arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, précité, point 59).
99. L'article 4, sous c), du règlement 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 (JO L 336 du 29.12.1999, p. 21) étant similaire à l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010 qui lui a succédé, l'interprétation donnée par la jurisprudence de l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 est transposable à l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010.
100. La pratique anticoncurrentielle en cause en l'espèce doit donc être considérée comme une restriction caractérisée, au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010, ne pouvant bénéficier de ce fait d'une exemption par catégorie.
101. Par ailleurs, aucune demande d'exemption individuelle n'ayant été formulée par Bang & Olufsen France, cette pratique ne peut en aucun cas être considérée comme justifiée sur le fondement des articles 101, paragraphe 3, du TFUE et L. 420-4 du code de commerce.

C. SUR L'IMPUTABILITÉ DE LA PRATIQUE EN CAUSE

1. RAPPEL DES PRINCIPES

102. La notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de la concurrence de l'Union. L'interprétation qu'en donnent les juridictions de l'Union s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence et aux juridictions nationales lorsqu'elles appliquent les articles 101 et 102 du TFUE parallèlement aux règles de concurrence internes du code de commerce (arrêts de la Cour de justice du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, Rec. 2009 p. I-4529, points 49 et 50, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 18).
103. Il résulte d'une jurisprudence constante à cet égard que les articles 101 et 102 du TFUE visent les infractions commises par des entreprises.
104. Le juge de l'Union a précisé que la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, celle-ci est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales (arrêts de la Cour de justice du 10 septembre2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, Rec. 2009 p. I-8237, point 55, du 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P et C-216/09 P, non encore publié au Recueil, point 95, du 29 septembre2011, Elf Aquitaine/Commission, C-521/09 P, non encore publié au Recueil, point 53, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 18).
105. C'est cette entité économique qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre de cette infraction, conformément au principe de responsabilité personnelle(arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 56, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., précité,point 95, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 53, et Lacroix Signalisation e.a., précité, pp. 18 et 20), sur lequel repose le droit de la concurrence de l'Union (arrêt de la Cour de

justice du 20 janvier 2011, General Química e.a./Commission, C-90/09 P, Rec. p. I-1, point 52).
106. Ainsi, au sein d'un groupe de sociétés, le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques (arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 58, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., précité, point 96, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 54, et Lacroix Signalisation e.a., précité, pp. 18 et 19).
107. Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale (arrêts de la Cour de justice, Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 60, General Química e.a./Commission, précité, points 2 et 42, du 29 septembre 2011, Arkema/Commission, C-520/09 P, point 42, et de la cour d'appel de Paris, Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 19).
108. Dans cette hypothèse, il suffit, pour l'Autorité de concurrence, de rapporter la preuve de cette détention capitalistique pour imputer le comportement de la filiale auteur despratiques à la société mère (arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 61, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 57, et Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 19).
109. A cet égard, il n'est pas exigé, pour imputer à une société mère les actes commis par sa filiale, de prouver que la société mère ait été directement impliquée dans les pratiques, ou ait eu connaissance des comportements incriminés. Ainsi que le relève le juge de l'Union, « *ce n'est pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale ni, à plus forte raison, une implication de la première dans ladite infraction, mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens de l'article* (101 du TFUE) *qui permet à la Commission d'adresser la décision imposant des amendes à la société mère d'un groupe de sociétés* » (arrêts du Tribunal du 12 décembre 2007, Akzo Nobel e.a./Commission, T-112/05, Rec. 2007 p. II-5049, point 58, et du 27 octobre 2010, Alliance One International e.a./Commission, T-24/05, non encore publié au Recueil, point 169).
110. Il est possible à la société mère de renverser cette présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que sa filiale détermine de façon autonome sa ligned'action sur le marché. Si la présomption n'est pas renversée, l'Autorité de concurrence sera en mesure de tenir la société mère solidairement responsable du paiement de la sanction infligée à sa filiale (arrêts Arkema/Commission, précité, points 40 et 41, et Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 20).

2. APPRÉCIATION DE L'AUTORITÉ
111. La notification de griefs a été adressée à Bang & Olufsen A/S en raison de sa qualité de société-mère détenant la totalité du capital de sa filiale, Bang & Olufsen France (cotes 4300 à 4324).
112. Cette détention capitalistique n'est pas contestée par les mises en cause et est attestée tant par le dossier que par les rapports annuels de Bang & Olufsen A/S consultables sur son site Internet (cote 3086 et rapports annuels de Bang & Olufsen A/S de 2000/2001, p. 23, et 2011/2012, p. 105).
113. En outre, ces sociétés n'apportent aucun élément de nature à renverser la présomption d'imputabilité.

114. Il convient donc de retenir la responsabilité solidaire et conjointe de la société Bang & Olufsen A/S pour le paiement de la sanction imposée à Bang & Olufsen France.

D. SUR LES SANCTIONS

115. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce et l'article 5 du règlement n° 1/2003 habilitent l'Autorité à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que 101 et 102 du TFUE.

116. Aux termes du quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce « (s) i le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».

117. Par ailleurs, le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le (titre VI du livre IV du code de commerce) . Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

118. En l'espèce, la méthode décrite dans le communiqué du 16 mai 2011 relative à la détermination des sanctions pécuniaires n'apparaît pas adaptée, compte tenu de la conjonction de deux circonstances particulières. En premier lieu, les services d'instruction ont fait le choix de traiter en priorité l'affaire ayant donné lieu à la décision n°08-D-25précitée, retenue comme dossier pilote en matière de pratiques faisant obstacle à la possibilité, pour des distributeurs agréés membres d'un réseau de distribution sélective,d'effectuer des ventes en ligne. En second lieu, ils ont ensuite été conduits à suspendre formellement l'instruction du dossier à la suite de la question préjudicielle posée à la Cour de justice par la cour d'appel de Paris dans cette même affaire. Ces circonstances ne justifient toutefois pas, contrairement à ce qu'allèguent les mises en cause, de réduire la sanction à un montant symbolique. Il convient de rappeler que les parties ne pouvaient pas légitimement ignorer les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000 sur les restrictions verticales précitées lorsqu'elles ont mis en place les pratiques, et qu'elles ont maintenu celles-ci en toute connaissance de cause postérieurement à la décision n° 08-D-25 du Conseil de la concurrence précitée, et ce jusqu'au jour de la présente décision.

119. Chacune des entreprises en cause dans la présente affaire a été mise en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles, selon les services d'instruction, d'influer sur la détermination de la sanction pouvant être imposée. La présentation de ces différents éléments par les services d'instruction ne préjuge pas de l'appréciation du collège sur les déterminants de la sanction, qui relève de sa seule délibération.

120. En application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant de la sanction imposée aux entreprises en cause sera déterminé en fonction, tout d'abord, de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se

rapportent tous deux à la pratique constatée, avant de prendre en compte la situation et le comportement individuels de Bang & Olufsen France (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 68).

1. SUR LA GRAVITÉ DES FAITS

121. L'entreprise Bang & Olufsen France s'est entendue avec ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, en leur interdisant de recourir à Internet pour la vente de ses produits.

122. De telles pratiques anticoncurrentielles sont considérées, de manière constante, en droit de l'Union comme en droit interne, comme revêtant un caractère certain de gravité, en ce qu'elles tendent non seulement à limiter la concurrence intra-marque sur le marché français, mais aussi à cloisonner les marchés et à priver les consommateurs d'un canal de distribution (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 mars 2008, José Alvarez e.a., n° 2007/00370, p. 11 ; voir aussi arrêt de la Cour de justice du 21 septembre 2006, JCB/Commission, C-167/04, Rec. p. I-08935, point 216).

123. Elles sont d'autant plus graves qu'elles se sont insérées, depuis 2001, dans un contexte dans lequel la concurrenceétait déjà réduite, du fait du réseau de distribution sélective dans lequel elles s'intégraient. Si la légitimité d'un tel réseau n'est nullement en cause, comme le rappelle la jurisprudence citée plus haut, il n'en reste pas moins qu'il réduit la faculté qu'auraient les distributeurs de se faire concurrence en son absence et que c'est précisément cette faculté limitée de se faire concurrence que la pratique en cause vient anéantir.

124. Enfin, il convient de rappeler que l'entente conclue par Bang & Olufsen France avec les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective a été mise en oeuvre, notamment, au moyen des documents contractuels qui servaient de fondement aux relations commerciales avec ces derniers, élément qui est de nature à en accroître la gravité (décision n°12-D-10du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, paragraphe 249).

2. SUR L'IMPORTANCE DU DOMMAGE CAUSÉ À L'ÉCONOMIE

125. Le critère légal de l'importance du dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie (voir, par exemple, arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18040, p. 4).

126. L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International e.a., n° 2012/23945, p. 89). L'existence du dommage à l'économie ne saurait donc être présumée (arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Orange France e.a., n° 09-12984, 09-13163 et 09-65940).

127. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité tient, notamment, compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée, entre autres, par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné, de sa

durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné (voir, par exemple, arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, précité, p. 5 et du 26 janvier 2012, précité, p. 89 ; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité). Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910).

128. En l'espèce, il convient, en premier lieu, de constater, s'agissant de l'ampleur des pratiques, qu'est en cause une politique applicable à l'ensemble des distributeurs agréés membres du réseau de distribution sélective de Bang & Olufsen France. La pratique a donc couvert l'ensemble du territoire national.

129. Pour autant, le poids de Bang & Olufsen France dans le secteur de la distribution des produits hi-fi en France reste circonscrit, au regard du nombre important de concurrents, y compris sur le segment haut de gamme.

130. En second lieu, s'agissant des conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques, il convient de rappeler qu'Internet constitue un canal de commercialisation pertinent pour distribuer des produits tels que ceux commercialisés par Bang & Olufsen France et notamment des produits de téléphonie ou des petits appareils audio. En interdisant depuis 2001 à ses revendeurs de commercialiser ses produits sur Internet, Bang & Olufsen France a affaibli la concurrence entre eux, ce qui a pu priver les consommateurs de prix moins élevés. Par ailleurs, l'élimination de ce canal de distribution a pu limiter le choix proposé aux consommateurs, en particulier pour les consommateurs qui ne disposaient pas d'un

131. Pour autant, du fait des caractéristiques techniques des produits, il apparaît que cette pratique n'a été de nature à affecter qu'un nombre limité de consommateurs potentiels.

132. En conséquence, si les pratiques mises en cause ont pu engendrer un dommage certain àl'économie, l'importance de celui-ci apparaît très limitée.

3. SUR LA PRISE EN COMPTE DES CIRCONSTANCES INDIVIDUELLES PROPRES À BANG & OLUFSEN FRANCE

133. L'appréciation de la situation individuelle d'une entreprise peut notamment conduire à prendre en considération, non seulement sa taille et ses ressources au-delà de celles issues des produits ou services visés par l'infraction, mais aussi son appartenance à un groupe disposant lui-même d'une taille, d'une puissance économique et de ressources globales plus importantes (voir, en ce sens, arrêts de la Cour de cassation du 28 avril 2004, Colas Midi-Méditerranée e.a., n° 02-15203, et de la cour d'appel de Paris Entreprise H. Chevalier Nord e.a. précité, p. 71).

134. En l'occurrence, Bang & Olufsen France est une filiale dont la totalité du capital appartient à Bang & Olufsen A/S, elle-même placée à la tête d'un groupe d'une taille plus importante, implanté dans de nombreux pays autres que la France et disposant de ressources plus vastes. Au cours de l'exercice 2011/2012, Bang & Olufsen A/S a ainsi réalisé un chiffre d'affaires hors taxes mondial consolidé de 3 008 000 000 couronnes danoises soit environ 404 000 000 euros, à comparer à la valeur des ventes de 19 149 349 euros réalisées en France par Bang & Olufsen France pendant l'année du dernier exercice de mise en oeuvre de la pratique.

4. SUR LA SANCTION DE BANG &OLUFSEN A/S,EN TANT QUE SOCIÉTÉ-MÈRE

135. Comme indiqué plus haut au paragraphe 114, Bang & Olufsen A/S doit se voir imputer la pratique visée au paragraphe 70 ci-dessus en tant que société-mère de la

société Bang & Olufsen France. Elle doit donc être tenue pour responsable solidairement et conjointement de la sanction imposée à cette société.

5. SUR LE MONTANT FINAL DE LA SANCTION
136. Le chiffre d'affaires hors taxes mondial consolidé le plus élevé connu réalisé par Bang & Olufsen A/S pendant la mise en oeuvre de la pratique, qui inclut le chiffre d'affaires hors taxes de la société Bang & Olufsen France, est celui réalisé au cours de l'exercice 2006/2007. Ce chiffre d'affaires hors taxes mondial consolidé s'élevait à 4 375 700 000 couronnes danoises soit environ 586 000 000 euros. Le montant maximum de la sanctions'élève donc à 58 600 000 euros en ce qui les concerne.
137. Eu égard à l'ensemble des éléments décrits plus haut, il y a lieu d'imposer une sanction pécuniaire de 900 000 euros à la société Bang & Olufsen France.

6. SURL'INJONCTION
138. Il y a eu lieu d'enjoindre à la société Bang & Olufsen France de procéder, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, à la modification de ses contrats de distribution sélective existants ou à la diffusion d'une circulaire générale, afin de stipuler, en termes clairs et dépourvus de réserves, que les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective ont la possibilité de recourir à la vente par Internet.
Cette stipulation est sans préjudice de la possibilité qu'à la société Bang & Olufsen France d'encadrer cette activité de vente en ligne, dans le respect des exigences résultant de la jurisprudence et des indications figurant dans les lignes directrices de la Commission européenne à ce sujet.

DÉCISION
Article 1 :
Il est établi que les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S ont enfreint les dispositions des articles 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne(TFUE) etL. 420-1 du code de commerce.
Article 2 :
Pour l'infraction visée à l'article 1er, une sanction pécuniaire de 900 000 euros est infligée aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S.
Article 3 :
Il est enjoint à la société Bang & Olufsen France de procéder, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, à la modification de ses contrats de distribution sélective existants ou à la diffusion d'une circulaire générale, afin de stipuler, en termes clairs, que les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective ont la possibilité de recourir à la vente par Internet. Bang & Olufsen France adressera, sous pli recommandé, au bureau de la procédure de l'Autorité de la concurrence, un exemplaire de ces contrats ou de cette circulaire.

Cass. Com., 20 mars 2012

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu 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 CE (devenu 101, paragraphe 3, du TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que l'exemption de l'interdiction de restreindre la concurrence ne s'applique pas aux accords 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Atrium santé, après avoir conclu avec la société Pierre Fabre dermo-cosmétique des contrats de distribution sélective pour différents produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, a procédé à la confection et à la distribution d'un catalogue de vente par correspondance de ces produits auprès de collectivités ; que la société Pierre Fabre dermo-cosmétique, après avoir vainement mis en demeure la société Atrium santé de cesser cette activité, lui a retiré son agrément et a suspendu ses livraisons ; que la société Atrium santé a assigné la société Pierre Fabre dermo-cosmétique en soutenant que les clauses contractuelles avaient été respectées et que la prohibition de ce type de vente était illicite ;

Attendu que pour confirmer le jugement ayant déclaré bien fondé le retrait d'agrément et ordonné l'interdiction sous astreinte de la vente par catalogue des produits de la société Pierre Fabre dermo-cosmétique, l'arrêt relève que dans le système mis en place par la société Atrium santé, la commande est livrée globalement, l'ensemble des acheteurs étant servi au déballage et recevant en même temps que son lot individuel sa facture dont le paiement est collecté par le comité d'entreprise, et qu'il est donc faux de dire qu'il y a vente individuelle dans le point de vente agréé, quand bien même les cartons collectifs seraient expédiés depuis ce dernier, ce qui n'est pas démontré ; qu'il relève également qu'il n'est pas non plus démontré que le client final, qui commande avec d'autres sur catalogue par le biais d'un comité d'entreprise ou d'un groupement d'achats, dispose réellement de la possibilité d'avoir facilement accès au conseil ; qu'il retient que la décision du Conseil de la concurrence, du 29 octobre 2008, enjoignant à la société Pierre Fabre dermo-cosmétique de supprimer dans ses contrats de distribution sélective les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet n'est pas pertinente, cette position n'ayant pas encore été entérinée par la cour d'appel de Paris qui en est saisie, et le Conseil de la concurrence ayant lui-même conclu qu' "on ne peut assimiler l'interdiction de vente d'un produit sur internet au sein d'un réseau sélectif agréé à une interdiction de vente par correspondance classique" ; qu'il retient encore que l'argument relatif au fait que le catalogue serait 'couplé' avec le site internet puisqu'à chaque page est mentionnée l'adresse 'www.atrium-santé.fr', n'est pas admissible ; qu'il retient enfin qu'ont été validés les réseaux de distribution dès lors que le fabricant ne dépasse pas le seuil de 30 % des parts du marché, et que l'accord de distribution ne comporte pas de clause dite noire, définition dans laquelle la clause d'interdiction de vente par correspondance n'est pas comprise ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les clauses litigieuses avaient pour objet de restreindre les ventes passives ou actives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 février 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

CA Paris, 31 janvier 2013

Le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence et ci après le Conseil ou l'Autorité) s'est, le 27 juin 2006, saisi d'office de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Ces produits, n'entrant pas dans la catégorie des médicaments, ne sont pas soumis au monopole des pharmaciens et peuvent donc être commercialisés en dehors du circuit officinal.

Parmi ces produits, l'instruction de la saisine s'est concentrée sur ceux, haut de gamme, distribués par l'intermédiaire de systèmes de distribution sélective et offerts à la vente avec le conseil d'un pharmacien, étant précisé que les distributeurs de ces produits sont, outre les pharmacies - qui en 2007 assuraient plus des deux tiers des ventes-, les parapharmacies indépendantes ou intégrées à l'intérieur de grandes surfaces, ainsi que les parfumeries. L'instruction a porté sur les pratiques, mises en oeuvre par les onze sociétés les plus importantes du secteur, consistant à refuser ou à restreindre la vente en ligne de ces produits.

Après communication par le rapporteur du Conseil de préoccupations de concurrence concernant les conditions trop restrictives ou l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits vendus en distribution sélective, dix des onze fabricants en cause se sont engagés à modifier leurs contrats de distribution sélective afin de prévoir la possibilité pour les membres de leur réseau de vendre leurs produits sous certaines modalités par Internet.

Le Conseil, après avoir admis le recours à la procédure d'engagements, a, par décision n°07- D-07 du 8 mars 2007, accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par ces dix entreprises.

La société Pierre Fabre n'a pas souhaité prendre d'engagements. Une procédure contentieuse a été poursuivie à son égard.

La société Pierre Fabre Dermo Cosmétique (ci après, Pierre Fabre ou PFDC) est une filiale de la société Pierre Fabre SA, holding du groupe Pierre Fabre. Elle a pour activité la fabrication et la commercialisation de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Elle possède plusieurs filiales, dont les laboratoires de cosmétiques Avène, Klorane, Galénic et Ducray. En 2007, elle détenait 20% des parts du marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseil d'un pharmacien.

Les contrats de distribution émis par la société Pierre Fabre pour ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de marque Avène, Klorane, Galénic et Ducray précisent que les ventes doivent être réalisées dans un espace physique dont les critères sont définis avec précision et avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie.

Ces exigences contractuelles excluant de facto toute vente par l'intermédiaire d'Internet, il a été fait grief à la société PFDC d'empêcher ses distributeurs agréés de vendre sur Internet les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray en infraction avec les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE (devenu article 101 TFUE), ce grief concernant l'interdiction faite par PFDC, à ses distributeurs agréés qui disposent de points de vente physiques avec la présence obligatoire d'un pharmacien, de développer la vente de leurs produits par Internet.

Par décision n° 08- D-25 du 29 octobre 2008 (la Décision), le Conseil de la concurrence a dit l'infraction établie et a enjoint à la société PFDC de prévoir dans ses contrats de distribution sélective la possibilité pour ses distributeurs de recourir à la vente par Internet et de transmettre à l'ensemble de ses points de vente une lettre leur annonçant les modifications apportées à leurs contrats en y joignant un résumé de la Décision. Une sanction de 17 000 euros a, en outre, été infligée à la société PFDC.

La société Pierre Fabre a formé un recours en annulation ou réformation de la Décision devant la cour d'appel de Paris à laquelle la Commission européenne a soumis des observations d'amicus curiae par application de l'article 15 § 3 du règlement n° 1/2003.

Parallèlement, le magistrat délégué saisi par la société Pierre Fabre a, par ordonnance du 18 février 2009, ordonné le sursis à l'exécution des injonctions prononcées à l'encontre de cette société jusqu'à ce que la cour statue au fond sur le bien fondé de son recours.

Par arrêt du 29 octobre 2009, la cour d'appel de Paris a posé à la Cour de justice des Communautés européennes (devenue la Cour de justice de l'Union européenne, et ci après la CJUE) une question préjudicielle et a sursis à statuer sur le recours de la société PFDC.

En réponse à la question posée, la CJUE a, par arrêt du 13 octobre 2011, dit pour droit :

- 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.

SUR CE LA COUR

Considérant que les contrats de distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle des marques Klorane, Ducray, Galénic et Avène conclus par la société PFDC avec ses distributeurs précisent que les ventes doivent exclusivement être réalisées dans un espace physique avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie ;

Que les articles 1.1 et 1.2 des conditions générales de distribution et de vente desdites marques précisent en effet :

«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...»

Considérant que si la société PFDC souligne, sans être contredite, que ces dispositions contractuelles existaient avant l'apparition d'Internet, elle admet qu'après l'apparition d'Internet, ces exigences ont interdit de facto Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels;

Sur la motivation de la Décision :

Considérant que la requérante fait valoir que la Décision doit être annulée en raison d'une insuffisance de motivation ; qu'en effet, tout le raisonnement suivi dans la Décision repose sur l idée que la restriction caractérisée impliquerait nécessairement l infraction par objet alors que l'existence d'une restriction caractérisée citée par l'article 4 du règlement n°

2790/1999, s'il fait perdre le bénéfice de l'exemption, ne saurait suffire à démontrer l'existence d'une infraction par objet (Cf conclusions sous l'arrêt préjudiciel de M. l'Avocat général Mazak points 24 à 30) et qu'ainsi que le retient l'arrêt préjudiciel : 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' afin de vérifier si, eu égard aux propriétés des produits en cause, la clause est objectivement justifiée ; qu'ainsi, en retenant que l'interdiction de vente sur Internet, qui équivaut à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs, est une restriction caractérisée et que cette interdiction qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a donc nécessairement un objet restrictif de concurrence' et en ne recherchant pas une éventuelle justification objective, mais en retenant, au contraire, que les justifications admises à l'interdiction de vente par Internet ne sont prévues que pour la distribution exclusive, le Conseil a, s'agissant de la qualification d'une infraction par objet, insuffisamment motivé sa Décision au regard du standard fixé par la CJUE ;

Considérant qu'il convient, à titre liminaire, de constater que, dans son mémoire du 21 juin 2012, qu'elle indique être récapitulatif contre la Décision , la société Pierre Fabre ne soutient plus que la Décision est entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle a retenu que la pratique constitue une restriction des ventes au sens de l'article 4 c) du règlement n° 2790/1999 aux termes duquel l'exemption de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, Traité CE (devenu l'article 101, paragraphe 1, TFUE) ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, 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.';

Qu'en effet, la CJUE a dit pour droit que 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';

Que c'est à juste titre que la Décision retient que la pratique d'interdiction de vente sur Internet au sein d'un réseau de distribution sélective constitue une restriction caractérisée ;

Considérant que la requérante, qui ne conteste plus la Décision sur ce point, soutient que c'est au prix d'une insuffisance de motifs au regard des exigences de la CJUE que la Décision qualifie la pratique en cause d'infraction par objet ;

Considérant que la Décision, après avoir rappelé les principales caractéristiques du secteur et des produits concernés, retient que la clause par laquelle la société PFDC interdit à ses distributeurs agréés de vendre ses produits sur Internet, en excluant un

moyen de commercialisation des produits, limite la liberté commerciale des distributeurs de la société PFDC, restreint le choix des consommateurs désireux d'acheter par Internet et empêche les ventes aux acheteurs finaux qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise physique du distributeur agréé ; qu elle ajoute que cette limitation des ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence qui s'ajoute à la limitation de concurrence inhérente au choix par le fabricant d'un système de distribution sélective qui limite le nombre des distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de le vendre à des distributeurs non agréés ; qu'elle relève qu'une telle clause dans un contrat de distribution sélective ne peut bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 car constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4 c) dudit règlement ; qu'enfin, répondant à des objections de la société PFDC, la Décision ajoute que les pratiques caractérisées au sens du règlement d'exemption constituent des restrictions de concurrence par objet sans qu'il soit nécessaire de démontrer plus en détail en quoi cet objet est restrictif de concurrence, ni d'analyser les effets des pratiques et estime que les justifications admises à l'interdiction de vente par Internet ne sont prévues que pour la distribution exclusive ;

Considérant que, ce faisant, le Conseil, après avoir examiné les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance, a motivé sa décision de manière telle que la cour est en mesure d'exercer son contrôle ;

Qu'aucune nullité pour défaut de motivation ne saurait être prononcée dès lors que la Décision contient les motifs de fait et de droit qui la fondent ; qu'il appartient à la cour d'appel, à laquelle la Décision est déférée par l'exercice du recours en annulation ou réformation introduit par la société Pierre Fabre, de statuer à nouveau en fait et en droit sur le grief notifié et, en particulier, sur les critiques portant sur l'existence, au regard de la jurisprudence européenne, d'une infraction par objet ; que c'est d'ailleurs à cette fin que, par arrêt du 29 octobre 2009, la cour a saisi la CJUE à titre préjudiciel ;

Que la critique de la requérante qui, sous couvert d'une insuffisance de motivation, conteste la motivation de la Décision, ne peut conduire à l'annulation de la Décision ;

Sur l'objet de l'accord :

Considérant que la société Pierre Fabre soutient que, contrairement à ce que retient la Décision, la pratique reprochée n'a pas un objet anticoncurrentiel ; qu'elle fait valoir que cette pratique est objectivement justifiée au regard de ses objectifs (1er point) et également du contexte juridique et économique' dans lequel elle s'insère (second point) ;

Considérant, sur le premier point, que la requérante, après avoir développé des arguments tendant à

soutenir que les éléments d interprétation fournis par la CJUE accréditent l existence d un objectif légitime', expose que les dispositions contractuelles en cause ont pour seul et unique objet de garantir la possibilité de fournir un service de qualité au consommateur en lui assurant le meilleur conseil possible lors de l'achat de produits Pierre Fabre ;

Qu'elle fait valoir, d'une part, que l'objectif poursuivi par la pratique litigieuse est légitime et proportionné eu égard aux propriétés des produits cosmétiques et aux impératifs de santé et de sécurité des utilisateurs prévus par le code de la santé publique ;

- que s'agissant des propriétés de ses produits, la requérante, - après avoir rappelé que les instances communautaires admettent que les critères qualitatifs imposés dans le cadre d'un système de distribution sélective et destinés à assurer un conseil de qualité par un professionnel constituaient, eu égard à la nature particulière des produits en cause, des exigences légitimes et proportionnées (Cf arrêts TPICE, 12 décembre 1996, Groupement d'achat Edouard Leclerc, T-88/92 Parfums Givenchy, T-19/92 Yves S. Parfums) - soutient que ses produits, développés dans une optique de soins, sont des produits de grande qualité se caractérisant souvent par une haute technicité et par l'existence de plusieurs gammes et déclinaisons aux propriétés différentes ; qu'eu égard aux propriétés et à la variété de ses produits, le conseil dispensé par un diplômé en pharmacie est indispensable pour accompagner le consommateur dans ses choix de produits adaptés à ses besoins et dans l'usage qui doit en être fait ; qu'elle soutient qu'un tel conseil ne peut être rendu de manière équivalente et avec le même niveau de qualité lors d'une vente sur Internet dès lors que seule une observation directe du client permet au professionnel, le cas échéant de façon spontanée, de donner des conseils de qualité et ce, sans grand déplacement pour le consommateur compte tenu de la densité du maillage territorial de son réseau ;

- qu'elle ajoute que, de ce fait, la vente sur Internet présente nécessairement un risque pour les consommateurs et contrevient, par là- même, aux impératifs de santé et de sécurité prévus pour les produits cosmétiques par le code de la santé publique (articles L.5131-2 et suivants), impératifs qui ont conduit au niveau européen au renforcement du système de cosmétovigilance (règlement n°1223/2009 du 30 novembre 2009 imposant le principe de précaution) ; qu'elle expose à cet égard que l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps, devenue en 2012 Agence nationale de sécurité des médicaments) a constaté une augmentation du nombre de déclarations d'effets indésirables liés à l'utilisation de produits cosmétiques (de 126 en 2007 à 232 en 2009), étant observé que c'est en 2007 que ses concurrents ont autorisé la commercialisation en ligne de leurs produits, et soutient que l'observation directe du client par un diplômé en pharmacie permet non seulement au consommateur d'être mieux protégé contre d'éventuels effets négatifs, mais encore au professionnel de participer, par ses déclarations à l'Afssaps, au système de cosmétovigilance ;

Qu'elle fait valoir, d'autre part, que l'objectif poursuivi par la clause litigieuse s'avère d'autant plus légitime et proportionné au vu de l'accroissement des contrefaçons sur Internet et des dangers qui en résultent pour la santé des utilisateurs ; qu'en effet, les exigences qu'elle impose à ses distributeurs permettent au consommateur d'identifier aisément les contrefaçons dès lors que tout produit Pierre Fabre vendu sur Internet est d'évidence commercialisé en dehors du réseau de distribution sélective et donc vraisemblablement contrefait ;

Qu'elle fait valoir, enfin, que l'objectif poursuivi par la pratique en cause est pleinement légitime et proportionné au regard des risques de parasitisme résultant de l'autorisation de la vente en ligne et ainsi du risque subséquent de diminution ou même de disparition du service de conseil rendu par les officines dès lors que celles qui ne seront pas en

mesure de supporter les coûts liés à la création d'un site Internet ne pourront tirer aucun profit des conseils qu'elles fournissent de visu;

Considérant, sur le second point, que la requérante soutient qu'il résulte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère que la pratique litigieuse n'est pas restrictive de concurrence et qu'au contraire, elle accroît la concurrence ;

Qu'elle fait valoir, d'une part, que l'analyse du contexte juridique dans lequel s'inscrit la clause ne laisse aucun doute quant à la licéité de son objet ; qu'en effet, l'interdiction de la vente en ligne imposée par Pierre Fabre à ses distributeurs s'insère dans un contrat de distribution sélective dont la légitimité n'a jamais été remise en cause ; que, contrairement à ce que soutient l'Autorité, ce réseau ne peut être qualifié de restrictif de concurrence dès lors que, remplissant les critères de l'arrêt Métro, il échappe au champ d'application de l'article 101 § 1 TFUE ; que, par ailleurs, rappelant que dans un même contexte de distribution sélective, l'interdiction générale et absolue de recourir à la vente par correspondance, a été validée par la Commission au titre de l'article 101§ 1 TFUE (Décision Grundig 85/404/CEE), la société Pierre Fabre soutient que les contrats de distribution sélective interdisant les ventes par correspondance et ceux interdisant les ventes par Internet ne peuvent être régis différemment alors que vente par correspondance et vente sur Internet constituent toutes deux des ventes à distance, qualifiées comme telles par la directive du 20 mai 2007 et par l'article L. 121-16 du code de la consommation, alors en outre que l'interdiction de ces ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a pour objet identique d'interdire un mode de vente inadapté aux produits de haute qualité nécessitant un haut niveau de conseil et alors enfin que le droit de la concurrence considère que ces deux types de vente appartiennent à la même catégorie juridique ;

Qu'elle fait valoir, d'autre part, que l'analyse du contexte économique dans lequel s'inscrit la clause permet d'écarter toute présomption d'atteinte à la concurrence sur le marché concerné ; qu'en effet, le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle se caractérise non seulement par une forte concurrence intermarques compte tenu du nombre de concurrents, de l'absence de barrières à l'entrée sur ce marché et du caractère innovant des produits concernés, mais encore par une concurrence intramarque très vive, les produits Pierre Fabre étant proposés dans plus de 23 000 points de vente répartis de manière homogène sur le territoire national ; que dès lors qu'elle ne détient que 20% du marché français et que les autres fabricants se sont engagés à ouvrir leurs réseaux de distribution sélective à la vente en ligne, l'interdiction de vente en ligne ne concerne qu'une faible partie des produits disponibles et peu de distributeurs, d'autant que les distributeurs membres de son réseau n'étant liés par aucune clause d'exclusivité peuvent vendre sur Internet les produits concurrents ; qu'enfin, si la comparaison de l'état du marché avant et après l'ouverture de la vente en ligne ne révèle aucune modification de concurrence, même potentielle, c'est bien que la clause litigieuse ne présente pas un degré de nocivité suffisant permettant d'établir le caractère anticoncurrentiel de son objet ; qu'en réalité, l'interdiction de vente en ligne qu'elle impose à ses distributeurs, dont l'unique objet est d'assurer le niveau le plus adéquat de conseil au profit des consommateurs, n'a pas d'objet restrictif de concurrence mais permet, à l'inverse, de stimuler la concurrence par la qualité du service rendu ;

Considérant que l'article 101, paragraphe 1, TFUE, prohibe notamment toute entente entre fournisseurs et distributeurs ayant pour objet ou pour effet de restreindre le libre jeu de la concurrence ;

Considérant que, par l'arrêt préjudiciel, la CJUE rappelle que :

- point 34 : pour relever de l interdiction énoncée à l article 101, paragraphe 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 (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, GlaxoSmithKline Services e. a./Commission e. a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. p. I-9291, point 55 ainsi que jurisprudence citée).

- point 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).

Considérant que, par cet arrêt, la CJUE a dit pour droit que 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'.

Considérant que, pour la société PFDC, la clause litigieuse en ce qu'elle interdit à ses distributeurs la vente en ligne de ses produits est destinée à ce que lors de l'achat desdits produits, le consommateur puisse bénéficier du conseil personnalisé d'un spécialiste, fondé sur l'observation directe de ses caractéristiques physiques (peau, cheveux...), pour choisir un produit adapté à ses besoins et l'utiliser de façon adéquate ;

Considérant qu'avant de vérifier si la pratique en cause est objectivement justifiée au regard de ses objectifs (premier point développé par la requérante), il convient d'analyser le contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère (second point développé par la requérante) ;

Sur le contexte juridique et économique :

Considérant, sur le second point développé par la requérante et sus mentionné, il sera préalablement rappelé :

- que les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ne relèvent pas de la catégorie des médicaments et peuvent donc être librement commercialisés en dehors du circuit officinal ;

- que, parmi ces produits, ceux concernés par la Décision sont ceux distribués par l'intermédiaire de systèmes de distribution sélective et offerts à la vente avec le conseil d'un pharmacien ; qu'en 2007, les pharmacies restaient le canal de distribution privilégié par les laboratoires avec plus des deux tiers des ventes, l'autre tiers étant réalisé par les parapharmacies et les parfumeries en présence d'un diplômé en pharmacie ;

- que la délimitation par le Conseil d'un marché pertinent de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseil d'un pharmacien, de dimension nationale, n'est pas contestée (Cf : Décision n° 30 à 34) ;

- qu'en 2007, parmi les onze principaux fournisseurs en distribution sélective de tels produits, le groupe Pierre Fabre (avec 20% des parts du marché français) et le groupe L'Oréal (au travers de sa filiale Cosmétique Active France 18,6% des parts) restaient prépondérants ; que le 3ème fournisseur occupait 10,7% du marché national en 2005 et les autres de 5,1 à 2,5% ;

- qu'au sein de ces fournisseurs, la concurrence intermarques apparaît vive en raison notamment du nombre de concurrents et de la nature des produits pour lesquels l'innovation joue un rôle majeur ; que s'il ne peut être affirmé avec la requérante qu'aucune barrière à l'entrée n'existe sur ce marché, il n'en demeure pas moins que de nouvelles marques ont pu en conquérir en quelques années des parts de marché significatives ;

- que les engagements proposés par les dix autres principaux fournisseurs ayant recours à la distribution sélective, tendant à permettre, sous certaines modalités, la vente en ligne aux distributeurs membres de leurs réseaux, ont été acceptés par la décision n° 07- D-07 du Conseil de la concurrence du 8 mars 2007 ; que seule la société PFDC n'a pas souhaité prendre d'engagements;

Considérant que, selon la requérante, l'analyse du contexte économique dans lequel s'inscrit la clause permettrait de constater le caractère licite de son objet ;

Considérant, cependant, que l'analyse proposée par la requérante du contexte économique dans lequel s'inscrit la clause litigieuse ne tient pas compte du fait que cette clause figure dans des accords de distribution sélective qui influencent nécessairement la concurrence (Cf arrêt préjudiciel n° 39 et ci après) et que l'article 81 CE (devenu 101 TFUE) vise à protéger, non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle (CJUE, 6 octobre 2009, C-501/06, GlaxoSmithKline, point 63) ;

Que ce n'est donc que pour répondre aux éléments de contexte tels qu'invoqués par la requérante qu'il est, à ce stade, observé :

- que, si la société PFDC fait état d'un maillage de 23 000 distributeurs physiques répartis de manière homogène sur le territoire national, elle ne peut en déduire l'existence d'une concurrence intramarque très vive' ; qu'en effet, seuls ces distributeurs agréés, fussent ils nombreux, peuvent vendre les produits contractuels, qu'ils ne peuvent pas les vendre à des distributeurs non agréés et qu'ils ne peuvent les vendre qu'à des clients se rendant sur un lieu de vente physique, ce qui, à l'inverse de la vente par Internet, limite les ventes à des clients éloignés géographiquement et ne facilite pas pour les clients les comparaisons de prix ; qu'en outre, les principaux fournisseurs concurrents de Pierre Fabre pratiquent également la distribution sélective ;

- que la requérante ne peut affirmer que l'interdiction de vente en ligne ne concerne qu'une faible partie des produits du marché concerné et peu de distributeurs alors qu'avec 20% des parts du marché la société PFDC était en 2007 leader du marché et disposait de nombreux points de vente et que le fait de ne pouvoir proposer sur Internet les produits Pierre Fabre est de nature à amoindrir l'intérêt pour ses distributeurs d'organiser la vente en ligne des autres produits qu'ils distribuent sur conseil pharmaceutique ;

- qu'il ne peut être tiré de conclusion de la comparaison invoquée, mais non étayée, de l'état du marché avant et après l'ouverture de la vente en ligne des produits concurrents ;

- que l'affirmation de la requérante selon laquelle l'interdiction de vente en ligne stimule la concurrence par la qualité du service rendu doit être relativisée au regard du service et des avantages que présente la vente par Internet (Cf ci après) ;

Considérant que la clause litigieuse, qui a pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, fait partie des accords qui constituent le système de distribution sélective Pierre Fabre ;

Considérant que l'article 1er, sous d), du règlement n° 2790/1999, applicable en l'espèce, définissait un système de distribution sélective comme un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés.

Que la Décision relève exactement qu'en interdisant à ses distributeurs agréés la vente de ses produits sur Internet, excluant ainsi un moyen de commercialisation, la société PFDC limite la liberté commerciale de ses distributeurs, limite les possibilités de ventes aux acheteurs finaux non localisés dans leurs zones de chalandise physique et restreint le choix des consommateurs désireux d acheter sans se déplacer ;

Considérant qu'après avoir relevé (point 38) que 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', l'arrêt préjudiciel retient :

- point 39 : que 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, A. Telefunken/Commission, 107/82, Rec. p.3151, point 33). De tels accords sont à considérer, à défaut de justification objective, en tant que restrictions par objet . ;

- point 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, paragraphe 1, TFUE (arrêt A. Telefunken/Commission, précité, point 33) ;

- point 41 : qu à cet égard, 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) ;

Considérant que si la société PFDC rappelle sans être contredite que la légitimité de son contrat de distribution sélective n'a jamais été remise en cause par les acteurs du marché avant la Décision, il ne peut en être déduit que la clause litigieuse serait licite et ce, d'autant moins que la portée de cette clause a, ainsi qu'il a été dit, été modifiée du fait de l'apparition d'Internet ;

Considérant que la société PFDC, qui insiste sur l'appartenance à une même catégorie juridique de la vente par Internet et de la vente par correspondance sur catalogue, rappelle exactement que l'interdiction de la vente par correspondance dans le cadre de réseaux de distribution sélective a été validée par la Commission (Décision 92/33/CEE du 16 décembre 1991 Yves S. Parfums excluant une restriction de concurrence par ses effets ; Décision 84/404/CEE du 10 juillet 1985 Grundig estimant que l'interdiction découle également de l obligation faite aux distributeurs de conseiller la clientèle et de présenter les marchandises') ;

Mais considérant que, contrairement à ce qui est soutenu, le fait que les ventes par correspondance et les ventes par Internet soient des ventes à distance ne conduit pas à affirmer, sans examen individuel, que les clauses réglementant ces ventes dans un contrat de distribution sélective donné ont un objet identique ou similaire ou ne pourraient être analysées qu'au travers de leurs effets;

Considérant qu'en l'espèce, est en cause l'interdiction générale et absolue de vente par Internet des produits commercialisés dans le cadre du réseau de distribution sélective de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ; qu'il ne peut être contesté que la vente en ligne offre des possibilités de présentation et surtout d'interaction que ne permet pas la vente sur catalogue ; qu'il ne peut donc être déduit des arrêts invoqués que, par analogie, l'interdiction de vente par Internet en l'espèce en cause serait licite ;

Considérant que, dans le contexte sus décrit de distribution sélective, il convient 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' (arrêt préjudiciel, point 42) ; que la société PFDC invoque les moyens qui ont été détaillés ci dessus (1er point développé par la requérante) pour soutenir que tel est le cas ;

Sur la justification de la clause litigieuse :

Considérant, sur le premier point sus rappelé développé par la requérante, que la CJUE (arrêt préjudiciel, points 43 et 44), afin de fournir à la cour d'appel les éléments d interprétation du droit de l'Union qui lui permettent de se prononcer', indique :

- point 43 : qu'il est certes 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.';

- que, 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 (sus rappelé) du présent arrêt,' à savoir préserver la qualité des produits et en assurer le bon usage ;

- point 44 : qu''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) ;

Considérant que, selon la requérante, les éléments d'interprétation ainsi fournis (point 44) par l'arrêt préjudiciel ne s opposent pas au fait de considérer que la pratique est objectivement justifiée dès lors que la CJUE ne se prononce pas sur l'applicabilité des arrêts Deutscher Apothekerverband, et Ker Optika au cas d'espèce, que ces arrêts sont rendus au visa des dispositions du Traité encadrant la liberté de circulation des marchandises qui diffèrent par leur champ d'application, leur objectif et leur régime de mise en oeuvre des règles de concurrence énoncées par le Traité, que ces arrêts se placent sur le terrain de l'effet pour conclure à la qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative et non sur celui de l'objet, et qu'enfin la restriction au regard de

laquelle est comparée la justification n est, en l espèce, ni de même nature, ni de même ampleur que dans les arrêts invoqués ;

Mais considérant que si la requérante souligne exactement que les décisions citées par l'arrêt préjudiciel sont rendues au regard des libertés de circulation et non des règles de concurrence et fait état des conséquences qui en découlent, la CJUE, qui ne méconnaît pas ces points, ne vise ces arrêts qu'en tant qu'éléments d'appréciation pour souligner que, dans le cadre de la vente de produits susceptibles d'être comparés à ceux en cause, certains arguments relatifs à des exigences de commercialisation liées aux qualités des produits, - arguments relatifs à la nécessité de fournir un conseil personnalisé aux clients qui sont également invoqués en l'espèce - n'ont pas été retenus pour justifier une interdiction de vente par Internet ;

Considérant ainsi qu'il s'agit pour la CJUE, non pas d'affirmer que la clause litigieuse ne peut être justifiée par un objectif légitime, mais seulement de faire état d'éléments d'interprétation du droit de l'Union ; qu'à cet égard, si la requérante ne peut - au vu de la motivation des arrêts cités par l'arrêt préjudiciel et exposée pour le premier par la Décision (n°79 et 80) - soutenir que les éléments d'interprétation fournis par la CJUE accréditent l'existence d'un objectif légitime', il appartient à la cour de vérifier, eu égard en particulier à ces éléments, si les restrictions de concurrence résultant de la clause qui interdit dans le cadre d'un système de distribution sélective toutes les formes de vente par Internet, sont, compte tenu des propriétés des produits en cause, nécessaires et proportionnées pour préserver la qualité de ces produits et en assurer le bon usage ;

Considérant que, selon la requérante, l'interdiction de vente de ses produits par Internet imposée à ses distributeurs agréés, qui vise uniquement à garantir la possibilité de fournir un service de qualité au client, poursuit un objectif légitime et proportionné eu égard aux propriétés des produits en cause et aux risques et caractéristiques inhérents au commerce en ligne (contrefaçons, parasitisme);

Considérant qu'il convient, à titre liminaire, de constater que l'arrêt préjudiciel n'admet de justifications objectives qu'au regard des propriétés des produits en cause ;

Considérant que les justifications que la requérante entend tirer du fait que l'interdiction de la vente en ligne prémunirait le consommateur contre l'essor des contrefaçons qu'induirait Internet et permettrait d'éviter au sein du réseau les phénomènes de parasitisme découlant de la vente en ligne, - avantages également invoqués par la requérante pour soutenir que la pratique en cause doit bénéficier d'une exemption individuelle (Cf ci après) - ne constituent pas des préoccupations légitimes et proportionnées susceptibles de justifier une interdiction générale et absolue de la vente en ligne dans le cadre d'un réseau de distribution sélective ;

Considérant que les justifications objectives liées aux propriétés des produits invoquées par la requérante ont été rappelées ci dessus ; qu'elles tiennent à la technicité et à la variété des produits et aux risques pour la santé et la sécurité induits par une utilisation inappropriée qui en serait faite, qui nécessiteraient un conseil fondé sur l'observation directe du client et une présentation identifiable des produits ;

Considérant qu'ainsi que le relève la Décision (n° 5 et 6), non contredite sur ces points, les produits en cause font partie du secteur plus large des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle définis par l'article L.5131-1 du code de la santé publique (CSP) selon lequel : « On entend par produit cosmétique toute substance ou préparation destinée à être mise en contact avec les diverses parties superficielles du corps humain, notamment l'épiderme, les systèmes pileux et capillaire, les ongles, les lèvres, les organes génitaux externes, ou avec les dents et les muqueuses buccales, en vue exclusivement ou principalement, de les nettoyer, de les parfumer, d'en modifier l'aspect, de les protéger, de les maintenir en bon état ou de corriger les odeurs corporelles » ;

Considérant que si, ainsi que le rappelle la requérante, le règlement CE n° 1223/2009 du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques expose que les mesures prises par la Commission et les Etats membres concernant la protection de la santé humaine reposent sur le principe de précaution, ce règlement a pour seul objet d'établir des règles auxquelles doit satisfaire tout produit cosmétique mis à disposition sur le marché, afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine.'; que, de même, les dispositions du code de la santé publique invoquées comme dérogatoires au droit commun de la sécurité des produits du code de la consommation, qui soumettent ces produits à certaines exigences législatives relatives à leur composition ou leur étiquetage, n'imposent pas, pour ces produits, un mode de distribution spécifique ;

Considérant, en effet, que les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle n'entrent pas dans la catégorie des médicaments définis par l'article L. 5111-1 du même code comme des produits qui « possèdent des propriétés préventives ou curatives à l'égard des maladies humaines », et ne sont pas soumis au monopole des pharmaciens prévu à l'article L. 4211-1 du code de la santé publique ; que la réglementation publique ne s'oppose pas à ce qu'ils soient librement commercialisés sans prescription médicale et en dehors du circuit officinal ;

Considérant qu'ainsi que le relève la Décision (n° 33), les produits cosmétiques et d'hygiène
corporelle en cause ne sont pas des médicaments mais, vendus sur conseils pharmaceutiques, ils se distinguent des autres produits de même nature et des produits de marque vendus en parfumerie par la spécificité de leurs modes de commercialisation (pharmacie, parapharmacie et parfumerie avec la présence d'un pharmacien), par leur image médicalisée , par leur positionnement en prix et par le fait qu'ils font l'objet de tests dermatologiques et cliniques préalablement à leur commercialisation;

Considérant qu'il n'est pas soutenu qu'il existerait au niveau national ou à celui de l'Union une prescription légale ou réglementaire qui imposerait de ne vendre les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle que dans un espace de vente physique en présence d'un pharmacien diplômé;

Considérant qu'il est en revanche soutenu que la vente dans un espace de vente physique en présence d'un pharmacien diplômé permet à ce professionnel, à même d'observer visuellement le client, de participer, par ses déclarations à l'Afssaps, au système de cosmétovigilance qui contraint les professionnels de santé ayant constaté un effet indésirable grave susceptible d'être dû à un produit cosmétique à le déclarer au directeur

général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps devenue Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, articles L.5131-9 et suivant CSP) ;

Mais considérant qu'ainsi que le relève la Décision (n° 81), les effets négatifs liés à l'utilisation d'un produit ne se révèlent qu'une fois le produit acheté, indépendamment du mode d'acquisition ; qu'en outre, en cas d effet indésirable grave , le patient aura tendance à consulter un médecin, ce que confirment les documents versés aux débats par la requérante qui montrent qu'en 2010, parmi les 219 déclarations d'effets indésirables reçues par l'Afssaps (dont 13% concernaient des effets indésirables graves au sens de l'article L.5131-9 CSP), plus de 70% des déclarants étaient des médecins et 10% des pharmaciens ; qu'enfin, l'établissement de diagnostics n'entre pas dans les pouvoirs d'un pharmacien mais dans ceux d'un médecin et aucun élément n'établit qu'un pharmacien en ligne ne pourrait, de même que tout pharmacien, participer au système de cosmétovigilance ;

Considérant, par ailleurs, qu'aucun des éléments versés aux débats ne permet de corroborer la corrélation suggérée par la requérante entre l'ouverture à la vente en ligne des produits cosmétiques fabriqués par les concurrents de la société PFDC et l'augmentation des déclarations reçues par l'Agence, étant au surplus observé que la mise en place du système de cosmétovigilance n'a été officialisée en France qu'en 2004 ce qui paraît de nature à expliquer le très faible nombre de déclarations les premières années ;

Considérant, en définitive, que les arguments avancés par la requérante tenant à la sécurité des consommateurs ne sont, eu égard aux propriétés des produits, pas démontrés ;

Considérant que la requérante insiste sur la nécessité de fournir un conseil personnalisé pour accompagner le client dans le choix de ses produits et assurer sa protection préventive contre un choix inadapté ou une utilisation incorrecte ou inadéquate des produits susceptibles d'en diminuer l'efficacité voire de produire des effets négatifs et ajoute que ces services de qualité ne pourraient être assurés que par l'observation directe du client par un pharmacien ;

Considérant qu'il convient donc de vérifier si, eu égard aux propriétés des produits en cause, il est nécessaire et proportionné, pour permettre un choix et un usage adaptés desdits produits, d'interdire de façon générale et absolue leur vente par Internet dans le cadre d'un système de distribution sélective ;

Considérant qu'il a été rappelé que la CJUE a, au regard des libertés de circulation, estimé que la nécessité de fournir un conseil personnalisé au client sur le choix et l'usage du produit, ne pouvait justifier une interdiction de vente par Internet pour des médicaments non soumis à prescription médicale et des lentilles de contact (arrêts Deutscher Apothekerverband, et Ker Optika, C-108/09 cités au point 44 sus rappelé de l'arrêt préjudiciel) ;

Qu'ainsi que l'expose la Décision (points 79 et 80 auxquels il est renvoyé), les considérations par lesquelles la CJUE a écarté la possibilité de justifier une interdiction absolue de vente par Internet de médicaments non soumis à prescription médicale et de

lentilles de contact par la nécessité de conseiller le client sont a fortiori transposables pour les produits en cause qui ne sont pas des médicaments ;

Considérant que s'agissant des produits en cause, aucun élément n'établit qu'une information et un conseil personnalisé de qualité lors de l'achat des produits ne puissent être organisés en ligne; qu'en effet, un site Internet est susceptible d'être organisé comme une vitrine de présentation et d'information sur les produits, voir avec utilisation de films, et permet une interaction entre le fabricant et le consommateur, au travers par exemple d'une hotline destinée à assurer des conseils personnalisés par une personne diplômée en pharmacie ; qu'en outre, l'achat par Internet présente des avantages pour le client tels la possibilité de visiter le site, de se donner le temps de la réflexion et de commander le produit au moment qui lui convient, à partir du lieu de son choix et de l'obtenir sans avoir à se déplacer ; que le client peut également formuler calmement les questions qu il entend poser aux pharmaciens virtuels ;

Considérant qu'il doit également être relevé que les concurrents de la requérante, à savoir les dix autres principaux fournisseurs de produits vendus sur conseil pharmaceutique ayant recours à la distribution sélective, se sont engagés à modifier ou à compléter leurs contrats de distribution sélective afin de permettre, sous certaines modalités, la vente en ligne par les membres de leurs réseaux respectifs de leurs produits ou d'assouplir les conditions trop restrictives auxquelles ils soumettaient de telles ventes (Cf décision du Conseil de la concurrence n° 07- D-07 du 8 mars 2007); que l'examen des engagements présentés par ces dix sociétés et acceptés par le Conseil confirme la possibilité d'assurer le respect de la qualité des produits et un conseil personnalité au client via Internet et donc de concilier la préservation de la qualité et de l'usage des produits et la vente en ligne desdits produits par les distributeurs agréés ;

Considérant que la clause contractuelle interdisant de facto toutes les formes de vente par Internet pour les produits en cause n'apparaît donc pas justifiée par un objectif légitime ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la clause contractuelle figurant dans les contrats de distribution sélective de la société PFDC 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 de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ;

Sur la possibilité d'une exemption individuelle :

Considérant qu'aux termes de l'article 101, paragraphe 3, TFUE :

Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent 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,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Considérant que, par l'arrêt préjudiciel, la CJUE dit pour droit qu'un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels 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 ; qu'elle renvoie à la cour le soin d'examiner si tel est le cas ;

Considérant que la société Pierre Fabre fait valoir que la Décision est entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle refuse à la pratique en cause le bénéfice d'une exemption individuelle ; qu'avant d'exposer que cette pratique satisfait l'ensemble des critères d'exemption individuelle de l'article 101, paragraphe 3, TFUE (second point), la requérante soutient que le standard de preuve doit être allégé en sa faveur et que l'insuffisance de motivation de la Décision doit conduire à son annulation (premier point) ;

Sur le standard de preuve et la motivation de la Décision :

Considérant, sur le premier point, qu'invoquant la Communication de la Commission (lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité (2004/C101/08)) et la jurisprudence, la requérante qui rappelle que la pratique a été qualifiée de restriction par objet, fait valoir que, faute de démonstration et de quantification par la Décision du moindre effet anticoncurrentiel attaché à la pratique en cause', il ne peut lui être demandé de démontrer que l'amplitude des effets proconcurrentiels excède, au terme d'un bilan comparatif, ceux des éventuels effets anticoncurrentiels qui résulteraient de cette pratique et que, dès lors, il lui suffit d'établir que les effets pro concurrentiels de la pratique satisfont aux quatre conditions de l article 101, paragraphe 3, TFUE pour bénéficier de l'exemption' ; qu'invoquant l'arrêt GlaxoSmithKline (CJUE, 6 octobre 2009, C-501/06...,point 83), elle ajoute que la Décision, en rejetant de façon lapidaire les arguments qu'elle avançait au titre de l'exemption individuelle, est entachée d'un vice de motivation justifiant son annulation ;

Mais considérant que l'Autorité rappelle exactement que les restrictions caractérisées - telle celle prévue par l'article 4, sous c, du règlement n° 2790/1999 auquel s'applique la clause en cause (arrêt préjudiciel, deuxième réponse) - sont celles qui ont des effets anticoncurrentiels graves, indépendamment de la part de marché des entreprises concernées' (arrêt préjudiciel, point 52), et que les lignes directrices 2004/C101/08 considèrent que les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont

ceux qui, par nature ont la capacité de le faire. Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, (101 § 1, TFUE) de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché'(point 21) ;

Considérant que les lignes directrices invoquées par la requérante elle même (points 11 et 20) rappellent que l'article 101, §3 TFUE n'opère aucune distinction entre les accords ayant pour objet de restreindre la concurrence et les accords ayant pour effet de restreindre la concurrence, que cette disposition s'applique à tous les accords remplissant les quatre conditions qu'elle énonce et que la mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 101, paragraphe 3, TFUE' ;

Considérant que la société Pierre Fabre, qui se prévaut de l'article 101 , paragraphe 3, TFUE, ne conteste pas qu'il lui appartient de démontrer que les conditions cumulatives et exhaustives posées par cet article sont réunies (Cf article 2 du règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002) ;

Qu'elle n'est pas fondée à soutenir que le standard de la preuve qui lui incombe au titre de l article 101, paragraphe 3, TFUE serait allégé lorsque l'Autorité de concurrence a établi, par application de l'article 101 paragraphe 1, TFUE, que l'accord en cause a pour objet de restreindre le jeu de la concurrence, étant rappelé que, dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 101 TFUE, ce n'est que dans l'hypothèse où la teneur de l'accord ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, qu'il convient d'en examiner les effets (Cf ci dessus arrêt GlaxoSmithKline) ;

Considérant, par ailleurs, que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision n'est pas entachée d'un vice de motivation dès lors que le Conseil a répondu en s'en expliquant à tous les moyens soulevés devant lui par la société Pierre Fabre à l'appui de sa demande d'exemption individuelle (Cf Décision n° 73 à 83) ; qu'il appartient à la cour d'exercer son contrôle sur cette motivation au regard des contestations élevées par la requérante, étant, en outre, observé que cette dernière dispose devant cette cour de la possibilité, dans l'exercice de ses droits de la défense, de compléter son argumentation en vue de contester la Décision ;

Que les moyens développés par la société Pierre Fabre ne sont pas fondés ;

Sur l'exemption au titre des articles 101, paragraphe 3, TFUE et L.420-4 du code de commerce :

Considérant, sur le second point, que la requérante fait valoir que l'interdiction faite à ses distributeurs agréés de vendre en ligne les produits Pierre Fabre doit bénéficier d'une exemption individuelle car cette pratique remplit les quatre conditions cumulatives de l'article 101 paragraphe 3, TFUE ; qu'elle soutient :

- que les deux premières conditions de ce texte (conditions positives : . la pratique contribue à améliorer la production ou la distribution des produits et à promouvoir le progrès technique et économique, . tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable

du profit qui en résulte) - qui, étant en l'espèce indissociables, doivent être examinées ensemble - sont remplies car la pratique en cause génère des gains d'efficacité au large bénéfice des consommateurs'; qu'en effet, en garantissant la délivrance au consommateur du meilleur niveau de conseil personnalisé possible, la pratique promeut la concurrence par les services ; qu'en outre la pratique prémunit le consommateur contre l'essor des contrefaçons qu'induit Internet, préservant le consommateur de produits Pierre Fabre contrefaits qui pourraient nuire à sa santé ; que, de plus, la pratique permet d'éviter au sein du réseau les phénomènes de parasitisme qui découlent mécaniquement de la vente en ligne ; qu'elle préserve ainsi tant la concurrence au profit du consommateur que l'existence et la réalité même des critères de sélectivité du réseau ; qu'elle ajoute que le consommateur est au centre de tous ces gains d'efficience et que cette conclusion ne peut être remise en cause par les quelques avantages pratiques attribués par la Décision à la vente en ligne ;

- que les deux conditions négatives du texte sont également réunies : la 3ème condition car l'obtention de ces gains d'efficience ne peut être obtenue sans interdiction de la vente en ligne et ce, en raison, d'une part, de la nature même d'Internet qui interdit le rapport direct entre le diplômé en pharmacie et le consommateur ce dont il résulte nécessairement une dégradation du service de conseil qui doit accompagner la distribution des produits, en raison, d'autre part, du fait que l'accroissement des contrefaçons des produits Pierre Fabre est consubstantiel de la vente en ligne, en raison, enfin, du fait que les problèmes de parasitisme résultent directement de l'autorisation de vente en ligne ; la 4ème condition car l'interdiction de la vente en ligne des produits par ses distributeurs agréés n'a pas pour conséquence d'éliminer, même potentiellement, la concurrence, ni intermarques, ni intramarque et aucun effet cumulatif ne peut être retenu ;

Considérant qu'ainsi que rappellent les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (devenu l'article 101, paragraphe 3, TFUE) du 27 avril 2004 :

- 38. Le reste de ces lignes directrices examine chacune des quatre conditions énoncées à l article 81,

paragraphe 3... Étant donné que ces quatre conditions sont cumulatives..., dès lors qu'il est constaté que l'une d'elles n'est pas remplie, il est inutile d'examiner les trois autres. Il n'est donc pas exclu que, dans certains cas, il soit indiqué d'examiner ces quatre conditions dans un ordre différent.

-39. Aux fins des présentes lignes directrices, il convient d'intervertir la deuxième et la troisième condition et, par conséquent, d'aborder la question du caractère indispensable avant celle de la répercussion sur les consommateurs. L'analyse de cette dernière impose de mettre en balance les effets positifs et négatifs d'un accord sur les consommateurs. Elle ne doit pas porter sur les effets de restrictions qui n'ont pas satisfait au critère de la nature indispensable et qui, pour cette raison, sont interdites par l'article 81.

Considérant que la requérante ne justifie pas son affirmation (mémoire récapitulatif, page 54) selon laquelle les deux conditions positives (1ère et 2ème conditions de l article 101, paragraphe, 3) seront examinées ensemble tant elles sont en l'espèce indissociables' ;

Considérant que, dès lors que l'analyse de la 2ème condition - (répercussions sur le consommateur des avantages de la pratique), qui suppose la mise en balance des effets positifs et négatifs de la pratique sur les consommateurs, - ne doit porter que sur les effets des restrictions indispensables pour obtenir les avantages de la pratique, la méthode proposée par la requérante ne peut être retenue ;

Qu'il convient de rechercher si l'interdiction totale et absolue de vente en ligne des produits contractuels par les distributeurs agréés du réseau de distribution sélective Pierre Fabre contribue à améliorer la production ou la distribution des produits et à promouvoir le progrès technique et économique (1ère condition) et si les restrictions de concurrence résultant de cette clause contractuelle sont indispensables à la réalisation des gains d'efficacité invoqués (3ème condition) ;

Que ce n'est que dans la mesure où il s'avérerait que tel est le cas qu'il conviendrait de vérifier qu'une partie équitable du profit résultant des gains d'efficacité est réservée aux consommateurs (2ème condition) en mettant en balance les effets positifs et négatifs de la clause sur les consommateurs ;

Considérant qu'il doit donc préalablement être vérifié :

- si la requérante justifie les gains d'efficacité qu'elle invoque, étant rappelé que seuls les avantages objectifs peuvent être pris en compte, ce qui signifie que les gains d'efficacité ne sont pas appréciés du point de vue subjectif des parties et qu'en outre, doivent pouvoir être vérifiés non seulement cette nature objective des gains d'efficacité allégués mais encore leur lien avec la clause litigieuse et les probabilité, importance et modalités de réalisation de chaque gain (Cf lignes directrices, point 49 et suivants)

- et, dans l'affirmative, si les restrictions de concurrence résultant la clause contractuelle en cause sont indispensables à la réalisation de ces gains d'efficacité ;

Considérant que la requérante met en avant trois gains d'efficacité (garantie de conseil, prévention des contrefaçons et de phénomènes de parasitisme) qu'elle soutient attachés à l'interdiction faite à ses distributeurs agréés de vendre en ligne les produits Pierre Fabre et expose que cette interdiction...est tout à fait indispensable à l'obtention des gains d'efficacité...';

Considérant, en premier lieu, que, selon la requérante, en garantissant que soit délivré au consommateur le meilleur conseil personnalisé possible par un professionnel diplômé, la pratique résulte, par elle même, en des gains d'efficacité qualitatifs substantiels au bénéfice direct des consommateurs et encourage ainsi la concurrence en termes de services' et la nature même d'Internet, qui interdit par construction le rapport direct entre le diplômé en pharmacie et le consommateur, résulte nécessairement en une dégradation du service de conseil qui doit accompagner la distribution des produits Pierre Fabre', sans qu'aucune alternative réelle ne puisse se concevoir ; que l'interdiction est donc tout à fait proportionnée ;

Qu'il est soutenu que l'interdiction de vente en ligne préserve l'efficacité des critères qualitatifs de sélection du réseau en garantissant à l'acheteur de produits Pierre Fabre un

conseil personnalisé optimal pour choisir et utiliser de façon adéquate un produit technique de haute qualité développé dans une optique de soins, alors que la vente par Internet ne permet ni un conseil fondé sur l'observation directe du client, ni le test des produits avant achat, ni un conseil offert spontanément par le diplômé en pharmacie, étant ajouté, d'une part, que, faute de pouvoir bénéficier de conseil, voire d'une expérience sensorielle, de façon équivalente en ligne, le consommateur sera mécaniquement conduit à privilégier sur Internet des achats de répétition de produits qu il a déjà expérimentés, ce dont il résultera une perte de dynamisme du marché au détriment de la concurrence intermarques et un frein à l'innovation, et, d'autre part, que le choix d'une certaine exigence de conseil, choix qui relève de sa liberté commerciale et qui ne peut être critiqué en l'absence de restriction de concurrence, permet au consommateur d'avoir le choix entre ses produits et ceux de tous les autres laboratoires dont les produits sont distribués en ligne ;

Considérant qu'il n'est pas contestable que la distribution des produits Pierre Fabre dans un lieu de vente physique en présence d'un diplômé en pharmacie, prévue par la clause contractuelle en cause, permet d'offrir aux consommateurs un service de conseil personnalisé de qualité ;

Considérant, cependant, qu'après l'apparition d'Internet comme mode de distribution de produits, l'interdiction totale de vente en ligne induite par cette clause, qui prive les consommateurs du libre choix d'un mode d'acquisition des produits, réduit la possibilité pour les distributeurs agréés de vendre les produits contractuels à des clients éloignés géographiquement des points de vente et la faculté pour les clients de comparer les prix, limitant ainsi la concurrence entre les distributeurs; qu'ainsi qu'il a été dit, en ce qu'elle interdit la vente par Internet, cette clause, non exemptée par le règlement du 22 décembre 1999, a un objet anticoncurrentiel ;

Qu'il convient, pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE de vérifier si les restrictions ainsi imposées aux distributeurs agréés sont indispensables pour permettre la délivrance à leurs clients de conseils personnalisés de qualité ;

Considérant qu'à cet égard, les lignes directrices précitées précisent :

73. En vertu de la troisième condition de l article 81, paragraphe 3 (article 101, paragraphe 3, TFUE), l'accord restrictif doit s'abstenir d'imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des gains d'efficacité créés par l'accord en cause. Cette condition implique un double critère : d'une part, l'accord restrictif proprement dit doit être raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité ; d'autre part, chacune des restrictions de concurrence qui découlent de l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité.'...

75. Le premier critère contenu dans la troisième condition de l article 81, paragraphe 3, exige que les gains d'efficacité soient propres à l'accord en cause, autrement dit qu'il n'existe pas d'autre moyen économiquement réalisable et moins restrictif permettant de les réaliser...

78. Une fois qu il est constaté que l accord en cause est nécessaire pour générer les gains d efficacité, il convient d'apprécier la nature indispensable de chaque restriction de

concurrence résultant de l'accord. Dans ce contexte, il y a lieu d'apprécier si les restrictions individuelles sont raisonnablement nécessaires pour générer les gains d'efficacité. Les parties sont tenues de justifier leur thèse, tant en ce qui concerne la nature de la restriction que son intensité.

79. Une restriction est indispensable si son absence supprimait ou réduisait substantiellement les gains d'efficacité résultant de l'accord ou rendait leur réalisation beaucoup plus improbable. L'appréciation d'autres solutions doit tenir compte de l'amélioration réelle et potentielle apportée à la concurrence par la suppression d'une restriction donnée ou l'application d'une solution moins restrictive. Plus la solution est restrictive, plus le critère de la troisième condition est rigoureux (76). Il est fort peu probable que les restrictions interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou qualifiées de restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications de la Commission soient jugées indispensables.

Considérant que, si la commercialisation des produits dans un lieu de vente physique permet un service de conseil susceptible d'être offert spontanément par un diplômé en pharmacie et fondé sur l'observation directe du client ainsi que pour les produits qui s'y prêtent, une possibilité d''expérience sensorielle' avant achat, la requérante n'établit ni qu'une interdiction totale de la vente par Internet serait nécessaire pour que soit délivré au consommateur le meilleur conseil personnalisé possible par un professionnel diplômé', ni que l'absence des restrictions résultant de cette interdiction réduirait substantiellement la qualité du service de conseil offert au client ;

Considérant, en effet, qu'ainsi qu'il a été dit, une information de qualité et un conseil personnalisé par un diplômé en pharmacie avant l'achat des produits peuvent être organisés en ligne; qu'aucun élément n'établit qu'un service de conseil délivré sans observation directe du client, serait nécessairement dégradé alors qu un site Internet peut être organisé de façon à ce que le client dispose non seulement d'une information complète sur les produits et leur usage adapté - information qui peut être illustrée et que le client potentiel a le loisir d'examiner et de recouper avec celle délivrée sur d'autres produits -, mais encore, ainsi que cela peut être proposé en ligne, de la faculté de poser, via une hotline par exemple, après le temps de réflexion qui lui convient, des questions à un diplômé en pharmacie et d'obtenir une réponse avant son achat outre, le cas échéant, avec sa commande, des échantillons permettant une expérience sensorielle de tout produit indépendamment de sa nature ; que, de plus, Internet permet aux clients de comparer les prix des produits, de les commander sans limitation de temps et de lieu et d'en obtenir livraison à domicile;

Qu'il en résulte qu'en interdisant de façon totale et absolue à ses distributeurs agréés de commercialiser sur Internet les produits contractuels, la société PFDC leur impose des restrictions qui ne sont pas indispensables pour garantir aux consommateurs un service de conseil personnalisé de qualité ;

Considérant, en deuxième lieu, que, selon la requérante, la pratique génère des efficiences qualitatives car elle est l unique rempart contre l essor des contrefaçons des produits Pierre Fabre résultant directement de leur distribution en ligne et susceptible de mettre en danger la santé des consommateurs'; qu'il est soutenu que grâce à l'interdiction de vente en ligne, le consommateur a la certitude que les produits Pierre Fabre qu'il trouve

sur Internet sont vendus en dehors de son réseau de distribution sélective et qu'ils sont donc vraisemblablement contrefaits et qu'autoriser la vente en ligne priverait le consommateur du seul critère clair d'identification des contrefaçons, ce qui, par ricochet, inciterait à la copie massive des produits ;

Considérant que la requérante justifie du fait qu'Internet peut être un vecteur de vente de produits contrefaits ; qu'en outre, le règlement (CE) n° 1223/2009 du 30 novembre 2009 sus visé considère que : Le secteur européen des cosmétiques figure au premier rang des activités industrielles victimes de contrefaçon, ce qui est susceptible d'accroître les risques pour la santé humaine. Les États membres devraient accorder une attention particulière à la mise en oeuvre de la législation communautaire et des mesures horizontales relatives à la contrefaçon des produits cosmétiques, par exemple le règlement (CE) no 1383/2003 du Conseil du22 juillet 2003 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle et la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Les contrôles au sein du marché sont un moyen efficace d'identifier les produits qui ne sont pas conformes aux exigences du présent règlement.'(Considérant 15) ;

Considérant, en revanche, qu'aucun élément n'établit que l'interdiction de vente par Internet des produits Pierre Fabre par les distributeurs agréés serait de nature à éviter un essor des contrefaçons de ces produits et qu'autoriser la distribution en ligne par ces distributeurs conduirait à accroître la contrefaçon ; qu'il n'est pas soutenu que les produits Pierre Fabre feraient l'objet de moins de contrefaçons que les produits qui leur sont concurrents et qui peuvent, à certaines conditions, être vendus en ligne ; qu'il n'est, en outre, pas établi que le consommateur soit informé du fait que les produits Pierre Fabre ne peuvent être vendus en ligne ; qu'il n'est, au surplus, pas contesté que des produits des marques en cause sont, en fait, offerts à la vente en ligne et que la requérante ne peut se borner à affirmer que le consommateur - même à le supposer informé, ce qui n'est pas établi, du fait que les produits Pierre Fabre sont vendus en distribution sélective dans des points de vente physiques - saura qu'il s'agit de produits qui outre le fait qu'ils sont vendus en dehors du réseau PFDC, seraient vraisemblablement contrefaits ;

Considérant, enfin, qu'ainsi que le relève la Décision (n° 75), dès lors que le fournisseur a la possibilité de réserver à ses propres distributeurs agréés la vente des produits par Internet, il a la faculté de contrôler la qualité des sites de ceux de ses distributeurs qui choisissent d'offrir les produits par Internet et non pas seulement dans leurs points de vente physique ; qu'au vu des déclarations du directeur juridique d'un fabricant concurrent de la requérante indiquant que pour répondre à la prolifération d'acteurs incontournables agissant depuis l'extérieur de l'Union européenne, il nous a semblé opportun d'occuper le terrain du commerce en ligne d'une façon plus conforme à nos critères de distribution', il ne peut être exclu que le fournisseur soit ainsi en mesure de combattre plus facilement les ventes sur les sites non autorisés ;

Qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi de lien entre la clause litigieuse et la lutte contre l'essor des contrefaçons ; que le gain d'efficacité allégué n'est pas justifié ;

Considérant, en troisième lieu, que, selon la requérante, l'interdiction en cause permet d'éviter les phénomènes de parasitisme résultant de la vente sur Internet ; qu'elle invoque la note d'un Professeur d'économie exposant, notamment, que les officines qui ne disposeront pas d'un site de vente en ligne étant exposées à la concurrence accrue de quelques sites en ligne investiront moins dans la distribution des produits et la fourniture de services de conseil, et ce d'autant plus que les services de conseil à l'achat sont sensibles aux phénomènes de parasitage résultant du fait que le distributeur qui fournit le service, dont le coût doit être supporté par le prix de vente du produit, n'est pas assuré d'en obtenir le bénéfice car le consommateur peut, après avoir obtenu le conseil, choisir d'acheter ou de renouveler son achat auprès d'un autre distributeur ou sur Internet ; qu'elle ajoute que, si la Décision conteste le terme de parasitisme , il n en demeure pas moins qu il existe un phénomène de passager clandestin', même au sein d'un réseau de revendeurs agréés dès lors que les revendeurs qui n'ont pas les moyens de développer un site assurent le service sans contrepartie ; qu'il en résulte un risque de recul de la distribution de proximité au détriment du libre choix du mode de consommation des clients qui faute de point de vente de proximité ne pourront qu'acheter en ligne ou ne pas acheter et une atteinte à la densité et à la diversité du maillage de la distribution sélective de ses produits préjudiciable à la concurrence ;

Considérant qu'ainsi que le relève la Décision (n° 75 à 77), dans le cadre du système de distribution sélective Pierre Fabre, la présence d'un pharmacien dans les lieux de vente garantit que le service de conseil est dispensé par tous les distributeurs agréés et que chacun en supporte le coût; que la Décision n'impose à la société PFDC de permettre la vente par Internet qu'aux seuls membres de son réseau de distribution sélective, à savoir ses distributeurs agréés disposant de points de vente physique dans lequel un pharmacien est présent ; qu'il n'est pas imposé à cette société de laisser commercialiser ses produits en ligne par d'autres opérateurs et notamment par des pure players ;

Considérant qu'il n'en résulte, cependant, pas que tout phénomène de parasitage au sein du réseau soit exclu ; qu'il apparaît, en effet, possible, comme le soutient la requérante, qu'un consommateur, après s'être fait conseiller dans le point de vente physique d'un distributeur agréé ne disposant pas de site Internet, achète le produit ou renouvelle un achat sur le site Internet d'un autre distributeur agréé ; que si, ce risque existait avant l'arrivée de la distribution en ligne, un consommateur pouvant obtenir un conseil dans un point de vente et acheter dans un autre, il était limité par des contraintes géographiques qui n'existent pas avec la distribution en ligne ; que, toutefois, ce risque de passager clandestin' ne peut qu'avoir une portée limitée si le distributeur agréé disposant d'un site internet auprès duquel est réalisée l'acquisition en ligne est tenu aux mêmes obligations que celui qui a délivré le conseil ;

Considérant que force est, en outre, de constater, d'une part, que l'affirmation de la requérante selon laquelle des problèmes de parasitisme... résultent directement de l autorisation des ventes en ligne n'est pas étayée de façon concrète alors que des éléments d'appréciation pourraient être tirés de l'expérience d'autres réseaux de distribution, d'autre part, qu'il n'est pas justifié du fait que le consommateur serait incité à adopter le comportement décrit ; qu'en particulier, il n'est pas soutenu que la distribution en ligne entraîne une baisse des prix de détail des produits en cause susceptible d'inciter le client qui s'est rendu dans un lieu de vente physique à différer son achat pour l'effectuer en

ligne, étant, en outre, observé que les délais et coûts de livraison de tels produits acquis sur Internet pourraient être de nature à freiner des achats en ligne ;

Considérant, enfin, que la requérante ne peut déduire d'hypothèses non vérifiées relatives à un risque de parasitisme' l'existence d un risque de recul de la distribution de proximité au détriment du libre choix du mode de consommation des clients', étant, au surplus observé, d'une part, que nonobstant l'importance du réseau de distribution sélective de la société PFDC, la vente par Internet constitue une forme de commerce de proximité pour certains consommateurs, et d'autre part et surtout, que le libre mode de consommation des clients' implique qu'ils aient la possibilité de choisir de se rendre en magasin ou d'effectuer leurs achats sans déplacement ;

Considérant, par conséquent, que le gain d'efficacité allégué n'est pas établi ; que ce n'est donc qu'au surplus qu'il est observé que les restrictions résultant de la pratique en cause n'apparaissent pas indispensables pour éviter des phénomènes de parasitage entre distributeurs dont ni le principe ni a fortiori l'ampleur ne sont justifiés, et qui, à les supposer établis, pourraient être mis en échec par des conditions qui pourraient être imposées par le fabricant à ses distributeurs;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que deux des conditions posées par le texte invoqué n'étant pas remplies, il convient, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres conditions et moyens développés sur ces points, de dire que la pratique en cause n'est pas susceptible d'une exemption individuelle ;

Sur l'envoi d'un résumé de la Décision :

Considérant que, si aucun moyen n'est présenté sur la sanction prononcée par la Décision, la requérante critique le résumé figurant au n° 97 de la Décision et prie la cour de la relever de l'envoi de ce résumé prévu à l'article 4 de la Décision ;

Considérant que le résumé litigieux est destiné à être joint à la lettre recommandée avec accusé de réception que devra adresser la société PFDC à l'ensemble de ses points de vente afin de leur annoncer les modifications apportées à leurs contrats de distribution sélective décrites à l'article 3 de la Décision ; que l'information et une explication apportées aux distributeurs étant nécessaires, il n'y a pas lieu d'exclure l'envoi d'un résumé de la Décision ;

Considérant, cependant, que, compte tenu de l'évolution du dossier et des réponses apportées par la CJUE aux questions préjudicielles posées par la cour, il convient d'actualiser le résumé figurant au n° 97 de la Décision ; que ledit résumé sera ainsi rédigé :

Par décision n° 08- D-25 du 29 octobre 2008, le Conseil de la concurrence a estimé que la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique, en imposant à l'ensemble de ses distributeurs agréés des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de marques Klorane, Avène, Ducray et Galénic, une interdiction de vente par Internet, figurant dans ses conditions générales de distribution et de vente, a limité la liberté commerciale de ceux ci en les privant d'un mode de commercialisation au fort potentiel de croissance et a indûment restreint le choix des consommateurs désireux de se procurer les produits par ce mode

de distribution. Il a retenu que cette pratique constitue une restriction de concurrence contraire aux articles 81 §1 du traité (devenu l'article 101 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et L. 420-1 du code de commerce et que la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique ne peut justifier sa pratique au regard des articles 81§3 du traité (devenu l'article 101 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et L. 420-4 du code de commerce dès lors que les critères de sélection du système de distribution sélective définis par Pierre Fabre peuvent être adaptés aux sites Internet. Le Conseil de la concurrence a, par conséquent, enjoint à la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique de modifier ses contrats afin d'autoriser désormais la vente, par les distributeurs agréés, de ses produits par Internet.

Saisie par la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique d'un recours contre la décision du Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris a posé des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne qui a répondu par arrêt du 13 octobre 2011.

Par arrêt du 31 janvier 2013, la cour d'appel de Paris, qui a fait application de la grille d'analyse définie par la Cour de justice de l'Union européenne pour caractériser l'objet anticoncurrentiel de la pratique, a rejeté le recours de la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique contre la décision n° 08- D-25 du Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008.

Le texte intégral des décisions du Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la cour d'appel de Paris est accessible sur le site www. autoritedelaconcurrence. fr »

PAR CES MOTIFS

Rejette le recours formé par la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique contre la décision n° 08- D-25 du Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008, sauf en ce qu'il porte sur la rédaction du résumé prévu par l'article 4 de cette décision ;

La réformant sur ce seul point :

Cass. com. 24 septembre 2013

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 17 janvier 2012) que les sociétés Caribéenne de diététique et santé (CDS), Martinique alimentation diététique (MAD) et Compagnie de diététique du marin (CDM), qui exploitent chacune une parapharmacie en Martinique, sont distributeurs agréés des produits cosmétiques fabriqués par les sociétés Pierre Fabre dermo-cosmétique (PFDC), Laboratoires Klorane, Laboratoires dermatologiques Ducray, Laboratoires dermatologiques Avene, René X..., Laboratoires dermatologiques Galenic et Pierre Fabre médicament composant le groupe Pierre Fabre dermo-cosmétique (les sociétés du groupe PFDC) ; qu'en décembre 2008, les sociétés du groupe PFDC ont retiré leur agrément aux sociétés CDS, MAD et CDM en invoquant le non-respect de leur obligation, inscrite à l'article 1. 1 des conditions générales de distribution et de vente, de ne vendre les produits que sur le conseil d'un diplômé en pharmacie physiquement présent sur le lieu de vente ; que les trois sociétés ont assigné les sociétés du groupe PFDC

aux fins de voir constater la nullité de la clause invoquée ainsi que le caractère abusif de la rupture des relations commerciales, et d'en voir ordonner la reprise, sous astreinte ;

Attendu que les sociétés du groupe PFDC font grief à l'arrêt d'avoir accueilli ces demandes alors, selon le moyen :

1°/ que le juge a l'obligation de faire application aux parties de la loi du contrat ; que l'article 1. 1 des conditions générales de distribution et de vente de la société PFDC imposait aux distributeurs agréés la présence physique et permanente d'un diplômé en pharmacie dans leur point de vente pendant toute l'amplitude horaire d'ouverture ; que la société PFDC a retiré son agrément aux sociétés CDS, MAD et CDM pour violation de cette obligation ; qu'il résultait des procès-verbaux dressés par huissier au sein des trois parapharmacies Z... center qu'il était déclaré que M. Y..., pharmacien, aurait été tout à la fois présent dans la parapharmacie détenue par la société CDM dont il était « salarié », et « présent en permanence » dans la parapharmacie détenue par la société CDS dont il était « salarié », bien qu'il se soit « absenté une demi-heure pour soigner une douleur » ; que la cour d'appel a justement considéré que l'article 1. 1 des conditions générales imposait la présence effective et continue d'un pharmacien pendant les heures d'ouverture ; qu'en décidant néanmoins que l'infraction à l'article 1. 1 n'était pas constituée à l'égard des sociétés CDS et CDM, sans expliquer, ainsi qu'il le lui était demandé, comment ces dernières, employant le même pharmacien salarié pour être présent en permanence dans deux parapharmacies différentes, pouvaient respecter l'obligation résultant de cet article, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil;

2°/ qu'un fabricant est libre d'organiser la distribution de ses produits sous réserve que le mode de distribution mis en oeuvre n'ait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence ; qu'un fabricant peut notamment exiger de ses distributeurs la présence sur le lieu de vente d'une personne titulaire d'un diplôme de pharmacie, spécialement qualifiée pour prodiguer des conseils aux acheteurs, cette exigence revêtant un caractère objectif ; qu'en jugeant illicite la clause des conditions générales de distribution et de vente de la société PFDC et de ses filiales imposant la présence sur le lieu de vente d'un diplômé en pharmacie, sans établir que cette exigence ne reposerait pas sur un critère objectif et serait susceptible de restreindre le jeu de la concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

3°/ qu'une convention est prohibée si elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ; qu'en jugeant que la clause imposant la présence sur le lieu de vente d'un diplômé en pharmacie faussait le jeu de la concurrence et était illicite car « les produits PFDC sont également vendus par la voie d'internet, ce qui a été autorisé par décision du Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008 », quand les produits ne sont pas vendus par le biais d'internet en raison du sursis à exécution frappant cette décision du Conseil de la concurrence, la cour d'appel s'est fondée sur un motif inopérant pour caractériser l'atteinte à la concurrence, et a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 TFUE ;

4°/ qu'en jugeant que, dès lors que l'intervention d'un pharmacien lors de la vente par internet ne serait « ni prévue ni sans doute envisageable », l'exigence de la présence d'un diplômé en pharmacie pour les distributeurs pratiquant la vente classique serait de

nature à fausser la concurrence, sans expliquer en quoi la possibilité de vendre les produits sur internet interdirait le maintien de la clause exigeant la présence d'un diplômé en pharmacie sur le lieu de vente, la cour d'appel a privé derechef sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 TFUE ;

5°/ que le juge ne peut statuer par un moyen relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en se fondant sur la distorsion de concurrence qui résulterait de la possibilité de vendre les produits sur internet sans l'intervention d'un pharmacien, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen qui n'avait pas été avancé par les sociétés CDS, MAD et CDM, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

6°/ que chaque partie doit prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ; que la société PFDC et ses filiales démontraient la licéité de la clause de qualification professionnelle en faisant notamment valoir que de nombreux autres laboratoires de produits dermo-cosmétiques exigeaient la présence d'un diplômé en pharmacie sur le lieu de vente ; que la cour d'appel a affirmé que, contredites sur ce point, les exposantes ne produisaient « aucun justificatif à cette affirmation » ; qu'en se déterminant ainsi, quand l'exigence, par des entreprises concurrentes, de cette qualification professionnelle résultait des pièces versées au débat et notamment des décisions du Conseil de la concurrence des 1er octobre 1996 et 8 mars 2007, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 9 du code de procédure civile ;

7°/ que pour juger illicite la clause exigeant la présence d'un diplômé en pharmacie sur le lieu de vente, la cour d'appel a, par motifs adoptés, affirmé que la décision du Conseil de la concurrence du 1er octobre 1996, ayant admis la licéité de cette clause, était contredite par une autre décision du même Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008 ; qu'en statuant par de tels motifs, quand le Conseil de la concurrence dans sa décision du 29 octobre 2008 ne s'est prononcé que sur la licéité de l'interdiction faite par la société PFDC à ses distributeurs agréés de vendre par le biais d'internet, mais n'est nullement revenu sur la licéité de la clause de qualification professionnelle, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de la décision du Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008, violant ainsi les articles 4 du code de procédure civile et 1134 du code civil ;

Mais attendu que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), saisie d'une question préjudicielle, a dit pour droit, le 13 octobre 2011 (aff. C-439/ 09), 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 l'article 101 § 1 TFUE 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 ; qu'après s'être référé à cette décision, l'arrêt relève que les produits dermo-cosmétiques n'entrent pas dans le monopole des pharmaciens, 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 ; qu'il en déduit

qu'en ce qu'elle exige la présence sur le lieu de vente d'un diplômé en pharmacie, la clause a un caractère disproportionné et qu'elle est illicite ; qu'il relève encore que si une restriction par objet peut bénéficier d'une exemption individuelle au sens de l'article 101 § 3 TFUE, c'est à la condition qu'une telle pratique restrictive de concurrence contribue à un progrès économique et soit indispensable à la réalisation de ce progrès, ce qui n'est pas prétendu ; qu'en l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, et dès lors que les sociétés du groupe PFDC se bornaient à réclamer le bénéfice de l'exemption individuelle prévue par l'article 101 § 3 TFUE et par l'article L. 420-4 du code de commerce, la cour d'appel, qui a fait la recherche visée par la deuxième branche et qui n'avait pas à faire celle, inopérante, visée par la première branche, a, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les autres branches, légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui n'est pas fondé en ses deux premières branches, ne peut être accueilli pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

Partie 1 Cour d'appel Paris, Pôle 5, chambre 4, 25 Mai 2016, RG : 14/03918

ARRÊT :

- contradictoire,

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Françoise COCCHIELLO, Présidente et par Monsieur Vincent BRÉANT, greffier auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCÉDURE

I Le groupe International Coty est divisé en deux unités : Coty Prestige créée des parfums sous différentes marques de luxe, gère ces marque de luxe ; Coty Beauty gère les marques commercialisées au sein de la moyenne et grande distribution.

COTY Prestige bénéficie de licences exclusives dans le monde entier pour la création, le développement et la commercialisation, des marques suivantes: BOTTEGA VENETA, BALENCIAGA, CALVIN KLEIN, CERRUTI, CHLOE, CHOPARD, DAVIDOFF, GWEN STEFANI, GUESS, JIL SANDER, JOOP !, JETTE JOOP, JENNIFER LOPEZ, KARL LAGARFELD, KENNETH COLE, LANCASTER, MARC JACOBS, NIKOS, SARAH JESSICA PARKER, VERA WANG et VIVIENNE WESTWOOD.

La filiale française de Coty, la SAS COTY FRANCE Division Prestige (la «'société COTY») commercialise des produits cosmétiques et de parfumerie de luxe via différents distributeurs en France.

II La société MARVALE LLC (la «société MARVALE'»), société de droit américain immatriculée dans l''Etat du Delaware (Etats-Unis), est éditrice du site internet www.iloveparfums.com, site fondé par M. Antoine B. (le «'SITE'»).

Les 5 et 6 février 2010, le SITE fait l'objet d'une présentation de quelques minutes lors des émissions « Télé Matin » et « C'est au programme'» diffusées sur France 2, ces deux émissions ayant par la suite été mises en ligne sur le site Internet de France 2.

Lors de ces émissions, Madame Valentina C. y est présentée comme étant à l'origine du SITE, et décrit son activité dans une interview.

III Au début du mois de février 2010, la société COTY a constaté la commercialisation sur le SITE de certains de ses produits parfums (Calvin Klein, Cerruti, Davidoff, Jil Sander, Vera Wang et Chloe) à des prix allant jusqu'à 70% de réduction.

Le 10 février 2010, la société Coty a mis en demeure d'une part le site de cesser les commercialisations et d'autre part la société France Télévisions de cesser la diffusion des émissions, de proposer des mesures de dédommagement et de porter à la connaissance du public le caractère illicite du Site. Coty a demandé au CSA de prendre à l'encontre de la société France Télévisions «'les mesures qui s'imposent », au motif que celle-ci aurait commis une faute grave. France Télévision a cessé la diffusion des émissions sur son antenne et sur son site internet. Le SITE a continué la commercialisation. Le CSA n'a pas donné suite à la demande.

IV Le 23 février 2010, la société Coty a assigné la société France Télévisions en référé devant le Tribunal de commerce de Paris afin de mettre un terme à la publicité faite au SITE et de voir condamnée cette dernière solidairement avec la société Marvale, Mme C. et M. B., au paiement d'une somme de 500.000 euros à titre de dommages et intérêts. Le 17 Mars 2010, le Tribunal a constaté qu'il n'y avait pas lieu à référé.

V Par acte du 14 juin 2010 , la société Coty a assigné à bref délai la société France Télévisions en la personne de Monsieur C., ainsi que M. B. et Mme C. devant le Tribunal de commerce de Paris.

Par acte du 23 mars 2011, la société Coty a assigné la société Marvale

VI Par jugement du 12 septembre 2012, le tribunal de commerce de Paris a :

-joint les causes,

-s'est déclaré compétent pour connaître l'action de la société Coty à l'encontre de la société Marvalle,

- dit les actions de Coty sur le fondement délictuel à l'encontre de Messieurs C. et B. irrecevables, faute d'intérêt à agir,

-dit les actions de Coty sur le fondement délictuel à l'encontre de Madame C. et de la société France Télévision recevable.

Par jugement du 23 janvier 2014, le Tribunal de commerce de Paris a :

- Dit que la SAS Coty France a qualité à agir ;

- Dit que le réseau de distribution sélective de la SAS Coty France est licite ;

- Condamne la SA France Télévisions à payer à la SAS Coty France la somme de 20.000 euros en réparation du préjudice causé par la promotion du site internet ;

- Ordonne la publication du présent jugement sur la page d'accueil du site Internet de France Télévision, dans les quinze jours de sa signification et pendant un délai d'un mois, sous astreinte de 500 euros par jour de retard et par jour manquant pour une durée d'un mois à l'issue de laquelle il sera à nouveau fait droit,

- condamne Mme Valentina C. à payer à la SAS Coty France la somme de 2.000 euros en réparation du préjudice causé par la promotion du site internet,

- dit que la société Marvale LLC s'est rendue coupable d'actes de concurrence déloyale envers la SAS Coty France,

- condamne la société Marvale LLC à payer à la SAS Coty France la somme de 100.000 euros au titre de la concurrence déloyale.

- ordonne l'interdiction définitive de toute commercialisation sur les sites Internet www.iloveparfums.com, www.iloveparfums.fr ou sur tout autre site Internet des produits cosmétiques et des parfums des marques suivantes : BOTTEGA VENETA, BALENClAGA {pour le nouveau parfum «[...]), CALVIN KLEIN, CERRUTI, CHLOE. CHOPARD, DAVIDOFF, GWEN STEFANI, GUESS, JIL SANDER, JOOP !, JEITE JOOP, JENNIFER LOPEZ. KARL LAGARFELD. KENNETH COLE, LANCASTER. MARC JACOBS, NIKOS, SARAH JESSICA PARKER, VERA WANG, et VIVIENNE WESTWOOD,

- ordonne à la société Marvale LLC, ou à toute personne qu'elle se substituerait par la suite en qualité d'éditeur du site www.iloveparfums.com ou www.iloveparfums.fr, l'interdiction définitive de toute utilisation non autorisée des droits de propriété intellectuelle de Coty portant sur les parfums et soins des marques qu'elle distribue : BOTTEGA VENETA, BALENCIAGA (pour le nouveau parfum «[...]), CAL.VIN KLEIN, CERRUTI, CHLOE, CHOPARD, DAVIDOFF, GWEN STEFANI. GUESS, JIL SANDER, JOOP !, JETIE JOOP, JENNIFER LOPEZ. KARL LAGERFELD, KENNETH COLE, LANCASTER, MARC JACOBS, NIKOS, SARAH JESSICA PARKER, VERA WANG, et VIVIENNE WESTWOOO, et notamment l'utilisation du nom de ces marques sur le site Internet WNW.iloveparfums.com ou sur tout autre site Internet qu'elle éditerait par la suite, et des photographies de leurs produits,

- ordonne la saisie des stocks des produits de la SAS Coty France et leur remise à la SAS Coty France,

- ordonne à la société Marvale LLC ou à toute personne qu'elle se substituerait par la suite en qualité d'éditeur du site www.iloveparfums.com ou www.iloveparfums.fr, la publication de la présente décision sur la page d'accueil des sites Internet www.iloveparfums.com et www.iloveparfums.fr dans les quinze jours de sa signification et pendant un délai d'un mois, sous astreinte de 500 euros par jour de retard et par jour manquant, pour une durée d'un mois à l'issue de laquelle il sera à nouveau fait droit,

- ordonne la publication de la présente décision y compris en ce qu'elle concerne France Télévisions dans trois magazines au choix de Coty et aux frais exclusifs de la société Marvale LLC ou de toute personne qu'elle se subs1itueralt par la suite en qualité d'éditeur du site www.iloveparfum.com ou www.ilovepatfums.fr, et ce dans la limite de 10.000 euros,

- ordonne l'interdiction définitive de toute publicité relative au site www.iloveparfums.com et www.iloveparfums.fr et faisant état des produits de la SAS Coty France ou de ses activités, et ce quel que soit le support utilisé par la société Marvale LLC,

- condamne la société Marvale LLC à payer à fa SAS Coty France la somme de 8.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, déboutant pour le surplus.

- déboute les parties de leurs demandes, autres, plus amples ou contraires

- ordonne l'exécution provisoire du présent jugement sauf en ce qui concerne la publication du jugement,

- condamne la société Marvale LLC aux dépens dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à fa somme de 129,24 euros dont 21.32 euros de TVA

La Cour est saisie de l'appel interjeté par la société France TV du jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 23 janvier 2014 visé dans la déclaration d'appel. Les intimés sont Madame C., la société Coty France et la société Marvale LLC

Vu les dernières conclusions notifiées et déposées le 08 février 2016 par la société France TV , appelante, par lesquelles il est demandé à la Cour de :

- Infirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions,

Et statuant à nouveau, à titre principal,

- Dire et Juger que Coty France ne peut se prévaloir de la qualité de licenciée pour les marques invoquées à la date des faits litigieux,

- Dire et juger que l'existence et la licéité à la date des faits litigieux du réseau de distribution sélective invoqué par Coty France n'est pas démontrée,

- Déclarer irrecevables ou à tout le moins mal fondées les demandes de Coty France.

A titre subsidiaire,

- Dire et juger que France Télévisions n'a commis aucun abus dans le cadre de l'exercice de sa liberté d'expression,

- Dire et juger qu'aucune faute ne saurait lui être reprochée.

A titre infiniment subsidiaire,

- Dire et juger que Coty France ne rapporte pas la preuve du préjudice qu'elle allègue,

- Dire et juger que la preuve d'un lien de causalité directe entre les fautes reprochées à France Télévisions et le préjudice allégué par Coty France n'est pas rapportée.

En conséquence,

- Débouter Coty France de l'intégralité de ses demandes à l'encontre de France Télévisions, y compris ses demandes de publication,

- Condamner Coty France à payer à France Télévisions la somme de 45.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

- Condamner Coty France aux entiers dépens d'instance et d'appel.

Vu les dernières conclusions notifiées et déposées le 17 mars 2016 par la société Coty France, intimée, par lesquelles il est demandé à la Cour de :

- juger recevable et bien fondée la société Coty FRANCE en toutes ses demandes, moyens, fins et prétentions,

- Y faire droit, et en conséquence :

- Confirmer le jugement du tribunal de commerce de Paris du 21 janvier 2014, sauf en ce qu'il a :

- débouté Coty France de sa demande de voir Marvale communiquer sous astreinte le nom de ses fournisseurs ;

- débouté Coty France de sa demande d'interdire la livraison des produits déjà commandés ;

- débouté Coty France de sa demande de communication des coordonnées de l'hébergeur du Site ;

- refusé de reconnaître que les agissements de Marvale sont constitutifs de parasitisme ;

- réduit le quantum du préjudice invoqué par Coty France à l'encontre de Marvale ;

- réduit le montant des astreintes sollicitées par Coty France en première instance ;

- Dire et juger, en conséquence :

- que Coty France a qualité à agir ;

- que le réseau de distribution sélective de Coty France est licite ;

- que France Télévisions a commis des fautes de nature à engager sa responsabilité civile ;

- que Marvale a commis des agissements fautifs constitutifs de faits de concurrence déloyale, de parasitisme et de publicité trompeuse ;

- que Marvale engage à ce titre sa responsabilité civile ;

- que Madame Valentina C. a participé à la promotion d'un site illicite ;

- que Madame Valentina C. engage à ce titre sa responsabilité civile ;

- Confirmer la condamnation de France Télévisions à payer à Coty France la somme de 20.000 euros en réparation du préjudice causé par ses diverses fautes ;

- Ordonner la publication de l'arrêt à intervenir sur la page d'accueil du site internet de France Télévisions, dans les quinze jours de sa signification et pendant un délai d'un mois, sous astreinte de 2.000 euros par jour de retard et par jour manquant, pour une durée d'un mois à l'issue de laquelle il sera à nouveau fait droit ;

- Confirmer la condamnation de Madame Valentina C. à payer à Coty France la somme de 2.000 euros en réparation du préjudice causé par la promotion du site internet ;

- Constater que Marvale a commercialisé sur le site www.iloveparfums.com des produits de Coty France, notamment des marques CALVIN KLEIN, CERRUTI, CHLOE, DAVIDOFF, JIL SANDER et VERA WANG ;

- Constater que Marvale poursuit la commercialisation des Produits sur le Site ;

- Constater que ces produits sont distribués en France par la société Coty France par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective ;

- Condamner Marvale à payer à Coty France la somme de 450.000 euros au titre de ses agissements fautifs, à savoir :

- 50.000 euros au titre du manque à gagner ;

- 200.000 euros au titre de la désorganisation de son réseau de distribution sélective ;

- 200.000 euros au titre de l'atteinte à son image de marque.

- Ordonner l'interdiction définitive de toute commercialisation sur les sites internet www.iloveparfums.com, www.iloveparfums.fr ou sur tout autre site internet, des produits cosmétiques et des parfums des marques suivantes : BOTTEGA VENETA, BALENCIAGA (pour le nouveau parfum « [...]), CALVIN KLEIN, CERRUTI, CHLOE,

CHOPARD, DAVIDOFF, GWEN STEFANI, GUESS, JIL SANDER, JOOP !, JETTE JOOP, JENNIFER LOPEZ, KARL LAGARFELD, KENNETH COLE, LANCASTER, MARC JACOBS, NIKOS, SARAH JESSICA PARKER, VERA WANG et VIVIENNE WESTWOOD ;

- Ordonner à Marvale, ou à toute personne qu'elle se substituerait par la suite en qualité d'éditeur du site www.iloveparfums.com ou www.iloveparfums.fr, l'interdiction définitive de toute utilisation non autorisée des droits de propriété intellectuelle de Coty portant sur les parfums et soins des marques suivantes : BOTTEGA VENETA, BALENCIAGA (pour le nouveau parfum « [...]), CALVIN KLEIN, CERRUTI, CHLOE, CHOPARD, DAVIDOFF, GWEN STEFANI, GUESS, JIL SANDER, JOOP !, JETTE JOOP, JENNIFER LOPEZ, KARL LAGARFELD, KENNETH COLE, LANCASTER ' MARC JACOBS, NIKOS, SARAH JESSICA PARKER,

VERA WANG et VIVIENNE WESTWOOD, et notamment l'utilisation du nom de ces marques sur le site internet www.iloveparfums.com ou www.iloveparfums.fr ou sur tout autre site internet qu'elle éditerait par la suite, et des photographies de leur produits ;

- Ordonner la saisie des stocks des Produits de Coty France et leur remise à Coty France ;

- Ordonner à Marvale de communiquer, sous astreinte de 2.000 euros par jour de retard constaté, les nom et prénom, ou dénomination sociale, coordonnées postales ou l'adresse du siège social et le numéro de téléphone de l'hébergeur du site Internet www.iloveparfums.com, ainsi que l'ensemble des informations visées à l'article 6 III de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique,

- Ordonner l'interdiction de livraison des commandes passées,

- Ordonner à Marvale, ou à toute autre personne qui se substituerait par la suite en qualité d'éditeur du site www.iloveparfums.com ou www.iloveparfums.fr, la publication de l'arrêt à intervenir sur la page d'accueil des sites Internet www.iloveparfums.com et www.iloveparfums.fr, ainsi que sur la page d'accueil du site Internet de France Télévisions, dans les huit jours de sa signification et pendant un délai d'un mois, sous astreinte de 2.000 euros par jour de retard et par jour manquant, pour une durée d'un mois à l'issue de laquelle il sera de nouveau fait droit ;

- Ordonner la publication de la décision à intervenir, y compris en ce qu'elle concerne France Télévisions, dans trois magazines au choix de Coty France et aux frais exclusifs de Marvale, ou de toute autre personne qu'ils se substitueraient par la suite en qualité d'éditeur du site www.iloveparfums.com ou www.iloveparfums.fr, et ce dans la limite de 10.000 euros,

- Ordonner à Marvale de communiquer à Coty France le nom et les coordonnées du ou des fournisseur(s) lui ayant vendu les produits litigieux ;

- Ordonner l'interdiction définitive de toute publicité relative au site www.iloveparfums.com et www.iloveparfums.fr et faisant état des produits de Coty France ou de ses activités, et ce quel que soit le support par Marvale ;

- Condamner solidairement Marvale et France Télévisions à payer à Coty FRANCE la somme de 20.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens, en ce compris les frais d'établissement des constats d'huissier ;

- Rappeler le caractère exécutoire de l'arrêt à intervenir ;

Vu les dernières conclusions notifiées et déposées le 01 décembre 2014 par la société Marvale, intimée, par lesquelles il est demandé à la Cour de :

- Dire et juger que le réseau de distribution des produits revêtus des marques Coty en France ne relève pas du Règlement d'exemption précité en ce qu'il contient des restrictions caractérisées de concurrence empêchant la libre circulation desdits produits entre les territoires des différents Etats membres ;

- Dire et juger que le réseau de distribution sélective mis en place par Coty est restrictif de concurrence, n'étant ni justifié par la nature des produits visés, ni objectif, ni proportionné et ne produit aucun gain d'efficience pour le consommateur ;

- Dire et juger que la société Marvale n'a commis aucune faute en commercialisant à des prix réduits des produits authentiques revêtus des marques Coty mis dans le commerce de l'Union européenne avec le consentement de leur titulaire ;

En conséquence,

- Infirmer le jugement en toutes ses dispositions et, particulièrement, en ce qu'il a condamné Marvale à réparer un préjudice allégué de Coty ;

En tout état de cause :

- Condamner la société Coty à payer la somme de 10.000 euros à la société Marvale en application de l'article 700 du Code de procédure civile ;

- Condamner la société Coty à payer les entiers dépens de la présente instance dont distraction au profit de Maître T., Avocat, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Vu les dernières conclusions notifiées et déposées le 13 novembre 2014 par Mme Valentina C., intimée, par lesquelles il est demandé à la Cour de :

- Constater que les sites iloveparfums sont exploitées par des sociétés américaines Fragrance 26 et Marvale ;

- Constater que Madame C. n'est pas éditeur du site iloveparfums ;

- Dire et juger que Coty ne dispose d'aucun intérêt à agir contre Madame C. ;

- Confirmer le jugement du Tribunal de commerce de Paris rendu le 23 janvier 2014 qui a mis Madame C. hors de cause ;

- Infirmer le jugement qui l'a condamnée à réparer un préjudice allégué de Coty ;

- Condamner Coty à verser à Madame C. la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile;

' Condamner Coty aux dépens.

MOTIFS

Sur la recevabilité de la demande de la société Coty :

Considérant que visant les dispositions de l'article 32 du Code de procédure civile, la société France Télévisions fait valoir que la recevabilité de l'action de la société Coty France est subordonnée à la démonstration qu'elle avait, au moment du litige, la qualité de licenciée de chacune des six marques référencées sur le Site qu'elle revendique (soit les marques Calvin

Klein, Cerruti, Chloé, Davidoff, Jil Sander et Vera Wang) ; que selon elle, la société Coty ne communique aucun contrat de licence, ne justifie d'aucune inscription au Registre National des Marques des licences dont elle prétend être titulaire ; que seul le groupe Coty , mais en aucun cas sa filiale française, pourrait éventuellement revendiquer la titularité d'une licence pour ces marques ; que par ailleurs, la société Coty France est une personne morale distincte de Coty qui a pour noms commerciaux enregistrés plusieurs marques concernées ; que Coty France n'est pas recevable à agir ;

Considérant que la société Coty France estime rapporter la preuve qu'elle bénéficie bien des licences de marques et peut agir pour faire sanctionner toute violation de ses droits,

Mais considérant que Coty France a, selon l'extrait Kbis fourni par France Télévision, pour activité notamment le négoce de produits cosmétiques, qu'elle agit conformément à son activité et que la société France Télévision ne sera pas suivie dans son argumentation tirée du nom commercial qu'elle n'a pas ; que par ailleurs, il convient d'observer que l'action de la société Coty France a pour objet, par la sanction des actes de concurrence déloyale qu'elle entend voir prononcer, de faire respecter le réseau de distribution sélective qu'elle a mis en place et que la recevabilité de cette action ne saurait être subordonnée à sa qualité de titulaire ou non des droits d'exploitation des marques ci-dessus relevées lui donnant la légitimité d'organiser un réseau de distribution sélective ; qu'enfin, il apparaît que les titulaires de marques ont concédé à Coty Inc et à ses filiales, parmi lesquelles se trouve la société Coty France, le droit d'utiliser leurs marques : que Coty France verse aux débats l'attestation délivrée par Calvin Klein à Coty GmbH qui précise que Coty Inc. et ses filiales sont pleinement autorisées à utiliser les marques Calvin Klein, ce qui confirme ainsi une précédente autorisation du 5 février 2010 d' agir si besoin est en contrefaçon ; que la preuve est ainsi faite que Coty disposait de droit d'utiliser une marque au moins lorsqu'elle a engagé l'action contre les sociétés Marvale et France Télévision et que la recevabilité de l'action contestée sur ce point ne peut être en cause, peu important au surplus que l'inscription au registre national des marques ait eu lieu ou non,

Sur les faits de concurrence déloyale :

Considérant que la société Coty soutient :

que la vente de produits protégés par des distributeurs non agréés en toute connaissance de cause de l'existence de son réseau de distribution sélective constitue un fait de concurrence déloyale ;

qu'elle estime rapporter la preuve de l'existence et de la licéité de son réseau de distribution sélective dès lors que se trouve produit le contrat type la liant aux distributeurs agréés, approuvé après modification par la Commission européenne ; qu'en l'espèce, les nombreux éléments qu'elle a pu verser aux débats, le contrat-type ainsi que le courrier de la Commission européenne ayant validé ledit contrat en 1997, suffisent à démonter le caractère licite de son réseau de distribution sélective et qu'il respecte les conditions légales et jurisprudentielles : que son réseau de distribution sélective bénéfice d'une validité de principe en application du Règlement d'exemption de la Commission européenne n°2790/99, aujourd'hui CE n° 330/2010, dans la mesure où les parts de marché que détiennent la société Coty et ses acheteurs ne dépassent pas le seuil de 30% ; que le contrat-type ne contient aucune clause noire ; que les jurisprudences communautaire et française ont confirmé la licéité de principe des accords de distribution sélective dans le domaine de la parfumerie et des cosmétiques de luxe ; que le réseau de distribution sélective de la société Coty a été reconnu licite par le tribunal de commerce de

Marseille, mais également par le tribunal de commerce de Paris ; que la Commission européenne a jugé que le contrat de Coty France pouvait bénéficier de l'exemption ; que le réseau de la société Coty est étanche dans la mesure où ses contrats interdisent aux distributeurs agréés la vente à des non-agréés (article 3.4.3 du contrat-type) et qu'elle agit en justice pour faire respecter cette étanchéité ; qu'elle ajoute enfin que Marvale ne démontre pas qu'elle a reçu une autorisation de Coty pour commercialiser ces produits,

Considérant que la société France Télévisions rappelle que l'examen d'une éventuelle atteinte à un réseau de distribution sélective suppose que celui qui s'en prévaut établisse préalablement sa licéité, ce que la société Coty ne fait pas ; que la preuve de l'existence du réseau n'est pas rapportée par les pièces versées postérieures aux faits ou émanant du groupe Coty ; qu'elle ne bénéficie d'aucune exemption individuelle, et que les courriers émanant de la Commission Européenne ne la concernent pas ; que la société Coty ne peut bénéficier de l'exemption catégorielle, puisqu'elle ne respecte pas la double condition posée par le Règlement (CE) n°2790/1999, applicable à l'époque des faits litigieux, c'est-à-dire une part de marché du fournisseur qui ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les produits contractuels (article 3) et l'absence de clause «'noire» dans le contrat, c'est-à-dire ayant un objet anticoncurrentiel caractérisé (article 4) ; que non seulement, la société Coty ne démontre pas qu'elle respecte le seuil des 30% de parts de marché par le courrier de la société NPD mais encore de nombreuses dispositions figurant dans le contrat-type versé aux débats par la société Coty s'apparentent à des clauses «noires» ; que le simple fait que le contrat-type contienne des restrictions caractérisées rend improbable l'existence d'une exemption individuelle ; qu'en tout état de cause, les critères de sélection posés par le contrat-type n'étant ni objectifs, ni proportionnés et le réseau n'étant pas étanche, le réseau de distribution sélective invoqué par la société Coty est illicite,

Considérant que la société Marvale fait valoir que le réseau de distribution sélective développé par la société Coty est restrictif de concurrence au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce dans la mesure où la société Coty ne démontre pas en quoi de tels produits nécessitent et exigent leur distribution dans le cadre d'un réseau de distribution sélective ; que les critères de sélection des revendeurs du réseau de la société Coty sont discriminatoires, imprécis et disproportionnés par rapport aux produits vendus, qu'ils ne sont pas «objectivement appropriés et nécessaires pour garantir la vente dans de bonnes conditions», que le réseau n'est pas étanche,

Mais considérant que se prévalant d'actes de concurrence déloyale commis à son encontre, la société Coty France doit justifier que le réseau sélectif qu'elle a mis en place est licite,

Considérant que tout d'abord la preuve de l'existence du réseau doit être faite, qu'ensuite, la preuve de sa licéité doit être établie ; qu'à cet égard, les différentes décisions intervenues entre Coty et des parties autres que celles présentes dans ce litige, qui ont pu reconnaître l'existence ou la validité du réseau, ne peuvent être invoquées pour faire la preuve, dans ce litige, de l'existence et de la licéité du réseau ;

Considérant qu'il sera observé que la société Coty verse aux débats différents contrats de distribution sélective des produits en pièces 3a à 3g ; que la pièce 3a est un contrat de distribution «'vierge'», que les pièces 3b à 3g sont des photocopies plus ou moins complètes des contrats signés par Coty France et des distributeurs agréés ; qu'il est remarqué que le contrat vierge ne correspond aucunement aux contrats signés dont la photocopie est donnée, que sa présentation et son contenu sont totalement différents ; que la cour ne prendra pas le contrat

«vierge» en référence, qui n'est pas celui qu'ont signé Coty et ses distributeurs, notamment avec Burdin ;

Considérant pour ce qui concerne l'existence du réseau de distribution sélective, que Coty verse aux débats plusieurs contrats intitulés «contrat de distributeur agréé» dont seul le contrat signé avec Burdin le 26 août 2008 est antérieur aux faits, tous les autres contrats produits étant postérieurs (notamment celui signé avec Marionnaud du 3 janvier 2013), celui signé avec Sephora étant quant à lui sans date ; que néanmoins, Coty peut prétendre justifier de l'existence d'un réseau de distribution sélective pour les produits au moment des faits litigieux par la production du contrat Burdin ; que le contrat comporte en son article 3.4.3 une disposition destinée à assurer l'étanchéité juridique du réseau tout du moins sur le territoire français en interdisant la vente à des distributeurs non agréés ;

Considérant par ailleurs pour ce qui concerne la licéité du réseau, que les faits à l'origine de la procédure ont eu lieu en février 2010 ; que pour déterminer la validité du réseau, il convient de se référer à l'article 81 §1 du traité de Rome alors en vigueur (désormais article 101 du TFUE) et au règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999 ainsi qu' à l'article L 420-1 du Code de commerce ;

Considérant que d'une part qu'un système de distribution sélective peut être considéré licite au regard des termes de l''article 81 § 3 du Traité de Rome ou de l'article L 420-1 du code de commerce si trois conditions sont réunies cumulativement soit : que la nature du produit requiert un système de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer l'usage, que les revendeurs soient choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, et que les critères retenus ne soient pas au delà de ce qui est nécessaire (proportionnalité),

Considérant que la nature des produits en cause peut tout à fait justifier la mise en place d'un réseau de distribution sélective ; qu' à cette fin, l'annexe 1 du contrat de distributeur agréé signé avec Burdin donne les critères suffisamment précis pour la sélection du distributeur que ne remettent pas en doute sérieusement les sociétés France Télévision et Marvale lorsque les exigences demandées au point de vente sont de «refléter le prestige des marques», d'être dans une «zone de standing et de notoriété élevée», avoir la réputation d'offrir des services de qualité et une assistance à la clientèle, et être dans un environnement où «les boutiques voisines (sont) de nature comparables» et avoir un «standing et aspect extérieur comparables», traduisant la nécessité de maintenir le prestige des marques et du luxe grâce à la qualification du distributeur, à la qualité du point de vente et à un environnement adapté ; que la clause imposant une vitrine extérieure (article 3.10 du contrat et article 7 alinéa 1 in fine de l'annexe 1) qui certes a pour effet d'exclure la commercialisation dans la grande distribution n'est pas une obligation disproportionnée avec la nécessaire protection de la distribution que ce réseau entend réaliser ;

Considérant d'autre part que le règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertées applicable aux faits reprochés ayant eu lieu en février 2010 prévoit une exemption d'application du § 1 de l'article 81 aux accords de distribution dits «accords verticaux» conclus entre les distributeurs et le fournisseur lorsque notamment, la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % et ce, sous réserve que les accords de distribution ne comportent pas de restrictions caractérisées précisées dans l' article 4 du règlement CE 2790/1999 ;

Considérant tout d'abord qu'il doit être observé que l'article 2 in fine du contrat de distribution Burdin précise que « le réseau de distribution sélective Coty bénéficie ' d'une exemption par catégorie» ; qu'une telle affirmation n'est pas suffisante pour la rapporter ;

Considérant ensuite que la part de marché détenue par Coty et ses acheteurs dans le domaine de la parfumerie de luxe à prendre en référence est celle de l'année précédant des faits litigieux, en l'espèce, l'année 2009 ; qu'en faisant état des parts de marché de 2012, Coty n'établit pas avec certitude, par la production du courrier émanant de NPD Group du 8 mars 2013, que sa part du marché était inférieure à 30 % au moment des faits litigieux,

Considérant encore que diverses clauses du contrat de distributeur agréé peuvent révéler des dispositions restrictives («clauses noires») ;

que s' il ne peut être soutenu que la disposition insérée dans le point 3.4.1 du contrat de distributeur agréé selon lequel les ventes par correspondance sont interdites est en contravention de l'article 4c) du règlement dans la mesure où elle ne restreint que très faiblement les ventes aux utilisateurs finaux, et se trouve de ce fait d'une faible portée économique,

en revanche, il apparaît :

que le point 3.4.2 du contrat en ce qu'il prévoit expressément la possibilité de vendre aux membres des comités d'entreprises ou des collectivités dès lors qu'ils se déplacent individuellement en tant que consommateurs directs dans les magasins pour effectuer les achats, exclut par cette disposition la vente aux agents d'achats (comités d'entreprise, collectivités) agissant pour le compte des utilisateurs finals, ce qui est une restriction caractérisée prévue par l'article 4c du règlement,

que le point 3.4.3 édicte une interdiction de vendre à des revendeurs non agréés ; que si cette disposition est licite en ce qu'elle a pour objectif de protéger le réseau et d'en assurer l'étanchéité, en revanche, elle révèle son caractère restrictif prohibé lorsque le marché sur lequel évolue le distributeur non agréé n'est pas organisé en réseau de distribution sélective ; qu'en l'espèce, comme le soutient justement France Télévision, Coty ne justifie pas que le système de distribution sélective couvre tous les territoires ; que la clause crée une restriction illicite à la concurrence (l'article 4b) ;

que le point 3.4.3.3 interdit au distributeur agréé de réaliser uen vente active d'un nouveau produit contractuel vers un Etat membre de l'Union européenne où la société Coty France ou une société du même groupe ne l'aurait pas mis en vente, pendant un délai d'un an à compter de la date du premier lancement du produit dans un Etat membre ; que cette clause, comme le fait valoir justement la société France Télévision restreint le territoire sur lequel l'acheteur peut vendre les biens contractuels, les ventes actives aux utilisateurs finaux ; qu'elle constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4.b), 4.c) et 4.d) prohibée,

qu'il apparaît ainsi que le contrat de distribution sélective comporte des dispositions qui excluent le bénéfice d'une exemption catégorielle pour le système de distribution mis en place par Coty ,

Considérant enfin que Coty ne peut justifier du bénéfice d'une exemption individuelle, en faisant état de deux courriers de la Commission Européenne datant de 1997 précisant que l' «'Accord de distribution au détail'» pouvait bénéficier de l'exemption, alors que ces courriers

sont adressés à Coty GmbH et à Unilever Cosmetic International et en aucun cas à Coty France, que l' «accord de distribution au détail» dont il est fait état n'est pas versé aux débats, étant enfin observé que ces courriers révèlent l'expression d'une opinion qui ne lie ni les autorités nationales ni le juge national ;

Considérant que pour tous ces motifs, il apparaît que la preuve n'est pas faite par Coty que le réseau de distribution sélective qu'elle entend protéger par cette procédure est licite,

Considérant alors que la société Coty ne peut soutenir que n'ayant aucune autorisation, Marvale se rend coupable d'actes de concurrence déloyale et de publicité trompeuse en commercialisant des parfums litigieux sur le site, qu'elle porte atteinte à son image de marque et à son prestige en bradant les produits litigieux par l'intermédiaire d'un site Internet ; que Coty ne peut non plus soutenir la société France Télévisions s'est rendue coupable de négligence en ne s'assurant pas que son activité ne génère pas d'actes illicites, alors que ceux-ci ne le sont pas, ou encore en ne s'assurant pas de « l'existence et de la fiabilité de la société dont elle ventait les mérites » alors que France Télévision n'a pas communiqué d'informations inexactes sur ce point,

Considérant que Coty soutient que Marvale a un comportement parasitaire en ce que, pour pratiquer des prix très réduits tout en réalisant une marge, elle profite des investissements réalisés par les distributeurs sans en avoir les obligations ; que toutefois, Coty ne verse aux débats aucun document justifiant les investissements financiers ou encore intellectuels qui ont pu être réalisés, de sorte que ne rapportant la preuve d'aucun préjudice elle ne peut qu'être déboutée de sa demande sur ce point ;

Considérant que Coty soutient que la société France Télévision a eu un comportement parasitaire «indirect» en utilisant la pratique de la marque d'appel ; qu'il apparaît toutefois qu'il appartient encore à Coty de justifier les investissements intellectuels et financiers qu'elle a pu faire, de justifier en quoi il aurait été procédé à la pratique des prix d'appel par France Télévision, et en quoi cela lui aurait profité ; que cette preuve n'est pas faite et qu'elle doit être déboutée de toute demande d'indemnisation sur ce point,

Considérant enfin qu'elle ne peut imputer non plus aucune faute à Madame C. à qui elle ne peut reprocher d'avoir participé à la promotion d'un site illicite ;

Considérant qu'elle sera déboutée de toutes ses demandes ; que le jugement sera infirmé en toutes ses dispositions,

PAR CES MOTIFS :

La Cour,

INFIRME le jugement en toutes ses dispositions,

DÉBOUTE la société Coty France de ses demandes,

La CONDAMNE à payer à titre d'indemnité pour frais irrépétibles la somme de 15 000 Euros à la société France Télévision, celle de 5 000 Euros à la société Marvale, ainsi que celle de 1000 Euros à Madame C.,

Partie 2 CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 29 Juin 2016, RG : 14/00335

ARRÊT :
- contradictoire,
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Madame Françoise COCCHIELLO, Présidente et par Monsieur Vincent BRÉANT, greffier auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCÉDURE

Le groupe international Coty est divisé en deux unités : Coty Prestige crée des parfums sous différentes marques de luxe, gère ces marque de luxe ; Coty Beauty gère les marques commercialisées au sein de la moyenne et grande distribution.

Coty Prestige bénéficie de licences exclusives dans le monde entier pour la création, le développement et la commercialisation, des marques suivantes: Bottega Veneta, Balenciaga, Calvin Klein, Cerruti, Chloe, Chopard, Davidoff, Gwen Stefani, Guess, JIL Sander, Joop !, Jette Joop, Jennifer Lopez, Karl Lagarfeld, Kenneth Cole, Lancaster, Marc Jacobs, Nikos, Sarah Jessica Parker, Vera Wang et Vivienne Westwood.

La filiale française de Coty, la SAS Coty France Division Prestige (la « société Coty»)commercialise des produits cosmétiques et de parfumerie de luxe par l'intermédiaire de différents distributeurs en France.

Créée en 2005, la société Brandalley France se présente comme un «pur player e.commerce», c'est à dire qu'elle exerce son activité de vente de produits de différentes marques, principalement vêtements, bijoux, maroquinerie et parfums, exclusivement au travers de son site www.brandalley.fr. Elle effectue des ventes, soit par son catalogue présenté sur Internet, soit par des ventes « flash ». Dans ce cas, elle ne dispose pas du stock directement, mais en a réservé une quantité maximum chez son fournisseur, à l'intérieur de laquelle elle commande globalement les quantités passées par ses propres clients, dont elle assure elle-même ensuite les livraisons.

A plusieurs reprises, les 20 et 22 mars 2009, pour la vente de produits Calvin Klein, Jennifer Lopez et Sarah Jessica, les 17 mai et 2 juin 2009 pour des produits Calvin Klein, et les 15 et 21 février 2010, pour des produits Calvin Klein, Cerutti, Davidoff et Gwen Stefani, la société Brandalley a organisé des ventes flashs ayant fait l'objet de mise en demeure par la société Coty France.

La société Coty a demandé la communication des factures des fournisseurs et a mis la société Brandalley France en demeure de cesser les ventes.

Par acte du 16 juillet 2010, la société Coty a assigné la société Brandalley devant le tribunal de commerce de Paris, sollicitait quelques mois plus tard la radiation de l'affaire puis son réenrolement,pour obtenir réparation de son préjudice et qu'injonction soit faite à la société Brandalley de cesser ses agissements déloyaux.

Par jugement du 18 décembre 2013, le Tribunal de commerce de Paris a :

- dit irrecevable la SAS Coty France ' Division Prestige en ses demandes,
- condamné la SAS Coty France ' Division Prestige à verser à la SA Brandalley France la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,
- débouté les parties de leurs demandes, autres, plus amples ou contraires ;
- condamné la SAS Coty France ' Division Prestige aux dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à la somme de 82,17 euros dont 13,25 euros de TVA

La Cour est saisie de l'appel interjeté par la société Coty France ' Division Prestige de ce jugement.

Vu les dernières conclusions notifiées et déposées le 26 avril 2016 par la société SAS Coty France, appelante, par lesquelles il est demandé à la Cour de :
Juger recevable et bien fondée la société Coty France en toutes ses demandes, moyens, fins et prétentions,
Y faire droit, et en conséquence :
Enjoindre à Brandalley qui commercialise sur son site www.brandalley.fr les produits litigieux, de communiquer le nom des fournisseurs, autres que la société Star Perfumes, auprès desquels elle s'est approvisionnée pour la vente des produits des marques Calvin Klein, Cerruti, Chopard, Chloe, Guess, Davidoff, Joop ! Jennifer Lopez, Lancaster, Sarah Jessica Parker, et de transmettre les factures correspondantes,
Constater que Brandalley a commercialisé sur son site www.brandalley.fr des produits de Coty France, notamment des marques Calvin Klein, Cerruti, Chopard, Chloe, Guess, Davidoff, Joop ! Jennifer Lopez, Lancaster, Sarah Jessica Parker,
Constater que ces produits sont distribués par la société Coty France par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective,
Dire et juger licite le réseau de distribution sélective de Coty France,
Dire et juger que la vente des produits des marques Calvin Klein, Cerruti, Chopard, Chloe, Guess, Davidoff, Joop ! Jennifer Lopez, Lancaster, Sarah Jessica Parker, par Brandalley par le biais de son site internet www.brandalley.fr, sans l'autorisation de la société Coty France, est constitutive de concurrence déloyale, de publicité trompeuse et de parasitisme,
Condamner BRANDALLY au paiement de 10 000 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice moral subi,
Ordonner l'interdiction de toute commercialisation sur le site Internet www. Brandalley.fr, ou sur tout autre site Internet, ou de quelque autre manière que ce soit, des parfums de marques distribuées par la société Coty France : Bottega Veneta, Balenciaga, Calvin Klein, Cerruti, Chloe, Chopard, Davidoff, Gwen Stefani, Guess, JIL Sander, Joop !, Jette Joop, Jennifer Lopez, Karl Lagarfeld, Kenneth Cole, Lancaster, Marc Jacobs, Nikos, Sarah Jessica Parker, Vera Wang et Vivienne Westwood ;
Ordonner l'interdiction définitive de toute utilisation non autorisée des droits de propriété intellectuelle de la société Coty France portant sur les parfums de marques qu'elle distribue : Bottega Veneta, Balenciaga, Calvin Klein, Cerruti, Chloe, Chopard, Davidoff, Gwen Stefani, Guess, JIL Sander, Joop !, Jette Joop, Jennifer Lopez, Karl Lagarfeld, Kenneth Cole, Lancaster, Marc Jacobs, Nikos, Sarah Jessica Parker, Vera Wang et Vivienne Westwood, et notamment l'utilisation du nom de ces marques sur le site Internet www.brandalley.fr, ou tout autre site Internet ou de quelque autre manière que ce soit, et des photographies de leurs produits,
Ordonner la communication de tous les éléments comptables de Brandalley, depuis l'année de son immatriculation, soit depuis 2005, afférents à la vente des marques susvisées, de manière à permettre à Coty France de parfaire son préjudice par la suite,
Ordonner la publication de l'arrêt à intervenir sur la page d'accueil du site Internet www.brandalley.fr, sur au moins la moitié de la page d'accueil, dans les huit jours de sa signification et pendant un délai d'un mois, sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard et par jour manquant,
Et Réserver, le cas échéant, la liquidation des astreintes,
Ordonner la publication de l'arrêt à intervenir dans les trois magazines au choix de la société Coty France et aux frais exclusifs de Brandalley, et ce dans la limite de 15.000 euros,
Rappeler le caractère exécutoire de l'arrêt à intervenir,
Condamner Brandalley à payer à la société Coty France la somme de 10.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.
Vu les dernières conclusions notifiées et déposées le 05 avril 2016 par la société Cigreats, intimé, par lesquelles il est demandé à la Cour de :

Confirmer le jugement rendu le 18 décembre 2013 par le Tribunal de Commerce de Paris en toutes ses dispositions et par conséquence en ce qu'il a :
Dit irrecevable la SAS Coty France ' Division Prestige en ses demandes,
Condamné la SAS Coty France ' Division Prestige à verser à la SA Brandalley France la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,
Débouté les parties de leurs demandes, autres, plus amples ou contraires ;
Condamné la SAS Coty France ' Division Prestige aux dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à la somme de 82,17€ dont 13,25 euros de TVA
ET Y AJOUTANT :
Condamner au surplus la société Coty France à verser à la société Brandalley une somme supplémentaire de 25.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,
La condamner aux entiers dépens,
A titre infiniment subsidiaire,
Consulter l'Autorité de la Concurrence afin que cette dernière donne son avis sur la question suivante : « La société Coty France, qui prétend être en droit de commercialiser en exclusivité les parfums de marques « Bottega Veneta, Balenciaga, Calvin Klein, Cerruti, Chloe, Chopard, Davidoff, Gwen Stefani, Guess, JIL Sander, Joop !, Jette Joop, Jennifer Lopez, Karl Lagarfeld, Kenneth Cole, Lancaster, Marc Jacobs, Nikos, Sarah Jessica Parker, Vera Wang et Vivienne Westwood» peut-elle interdire leur vente au détail à un distributeur spécialisé dans le commerce en ligne en faisant valoir l'existence d'un réseau de distribution sélective dont elle prétend être à la tête, alors :

- qu'elle se dispense d'apporter la preuve de son existence pour les produits en cause (absence de contrats de distribution sélective signés et non tronqués, antérieurs à la délivrance de l'assignation),
- que le groupe auquel elle appartient à librement mis les produits en cause sur le marché auprès d'intermédiaires en amont, et
- qu'elle n'est pas en mesure de justifier du bénéfice de l'exemption revendiquée en application des règlements communautaire ' »

MOTIFS :
Sur la qualité et l'intérêt à agir de la société Coty France :
Considérant que la société Brandalley soutient qu' en l'absence de justification du bénéfice à titre exclusif des licences sur les produits concernés par la procédure, la société Coty ne démontre pas sa qualité et son intérêt à agir et qu'elle a le droit d'établir le réseau de distribution sélective dont elle fait état ;
Considérant que Coty estime rapporter la preuve de ce qu'elle peut exploiter les licences de marque,en versant aux débats les courriers de titulaires des marques attestant que le groupe Coty bénéficie des licences de marque et des extraits de certains de ses contrats de licence exclusiveet qu'elle est habilitée à exercer toute action judiciaire en vue de sanctionner toute violation de ses droits,
Mais considérant que la recevabilité de l' action de Coty France contre Brandalley ne saurait être subordonnée à sa qualité de titulaire ou non des droits d'exploitation des marques ci-dessus relevées dans la mesure où le litige ne porte pas sur la titularité des droits et leur utilisation ; que l'action de Coty a pour objet, par la sanction desactes de concurrence déloyale qu'elle entend voir prononcer, de faire respecter le réseau de distribution sélective de ces produits qu'elle a mis en place, et qu'elle a ainsi qualité à agir (pour avoir mis en place un réseau) et intérêt à agir (pour protéger ce réseau),
Que par ailleurs, superfétatoirement, la lecture des documents que verse la société Coty France aux débats, il apparaît que les titulaires de marques ont concédé à Coty Inc et pour certains également à ses filiales, parmi lesquelles se trouve la société Coty France, le droit d'utiliser leurs marques :que Coty France verse aux débats l'attestation délivrée par Calvin Klein à Coty

GmbH qui précise que Coty Inc. et ses filiales sont pleinement autorisées à utiliser les marques Calvin Klein, ce qui confirmeainsi une précédente autorisation du 5 février 2010 d' agir si besoin est en contrefaçon ; que Coty disposait de droit d'utiliser une marque au moins lorsqu'elle a engagél'action contre la société Brandalley, peu important au surplus que l'inscription au registre national des marques ait eu lieu ou non,
Considérant que l'action de Coty est recevable,
Sur le réseau de distribution sélective :
Sur l'existence du réseau de distribution sélective
Considérant que la société Coty rappelle que la preuve de l'existence et de la licéité d'un réseau de distribution est établie dès lors que les fabricants produisent le contrat type les liant aux distributeurs agrées et qu'elle a versé aux débats les documents et éléments qui justifient sans contestation l'existence de son réseau de distribution sélective,
Considérant que la société Brandalley soutient que la preuve de l'existence du réseau de distribution sélective à la date de l'assignation n'est pas faite par les documents produits, que la société Coty France a versé très tardivement des contrats de distribution agréée datés du 26 août 2008 et 23 mars 2010, antérieurs à l'assignation et vraisemblablement tronqués, soulignant que seules la première et dernière pages ont été communiquées, que les différents contrats postérieurs ou non datés ne permettent pas de démontrer qu'à la date de l'assignation, la société Coty bénéficiait d'un réseau de distribution sélective, que la lettre d'exemption de janvier 2002 communiquée est obsolète, qu'enfin, Coty n'explique pas en quoi les marques qu'elle commercialise supposent de recourir à un mode de distribution sélectif,
Mais considérant que se prévalant d'actes de concurrence déloyale commis à son encontre, la société Coty France doit rapporter la preuve que le réseau de distribution sélective était justifié par les produits devant être commercialisés et qu'elle l'avait mis en place au moment des faits relatés dans les procès-verbaux de constats qu'elle verse aux débats ;
Que la nature des produits commercialisés, marques de luxe pour certaines prestigieuses,exige une qualification du distributeur qui doit offrir à la clientèle des services et assistance de qualité,un point de vente qui reflète le prestige des marques, un environnement adapté que seul la distribution sélective par réseau permet d'obtenir ;
Que toutefois, les différentes décisions intervenues entre Coty et des parties autres que celles présentes dans ce litige, qui ont pu reconnaître l'existence ou la validité du réseau, ne peuvent être invoquées pour faire la preuve, dans ce litige, de l'existence du réseau et de sa licéité ;
Qu'il sera observé que la société Coty verse aux débats différents contrats de distribution sélective des produits en pièces 3, 3b à 3f ; que la pièce 3 est un contrat-type de distribution «vierge», que les pièces 3b à 3f sont des photocopies plus ou moins complètes des contrats signés par Coty et des distributeurs agréés ;
Que, pour ce qui concerne l'existence du réseau de distribution sélective, Coty verse aux débats plusieurs contrats intitulés «contrat de distributeur agréé» dontseuls les contrat signés avec Burdin le 26 août 2008, Le Bon Marché le 23 mars 2010 et Edith H. le 26 juillet 2011 sont antérieurs aux ventes flash reprochés à Brandalley ; que les autres contrats produits sont postérieurs (notamment celui signé avec Marionnaud du 3 janvier 2013), celui signé avec Sephora étant quant à lui non daté ; que néanmoins, Coty peut prétendre justifier l'existence d'un réseau de distribution sélective pour les produits au moment des faits litigieux par la production des contrats Burdin, Le Bon Marché et Edith H. dont la première et dernière pages sont seules transmises maisdont la présentation est identique à celle du contrat-type et des contrats Marionnaud et Sephora, ces eux-mêmes transmis en intégralité ;
Que les produits vendus par Brandalley (Calvin Klein, Jennifer Lopez, Sarah Jessica Parker, Cerutti, Davidoff, Gwen Stefani) sont, à l'exception des produits Gwen Stefani, concernés par les trois contrats de distribution sélective,
Sur la licéité du réseau de distribution :

Considérant que la société Coty affirme que le réseau de distribution sélective respecte les conditions légales et jurisprudentielles, que son réseau répond aux trois critères posés par l'article 101 §1 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce (justifié par la nature du produit, les critères doivent être objectifs, qualitatifs, fixés de manière uniforme, et appliqués de façon non discriminatoire, et les critères ne doivent pas aller au delà de ce qui est nécessaire),
Qu'elle fait état la validité de principe des accords de distribution sélective consacrée par le règlement d'exemption de la commission n° 2790/99, expose détenir moins de 30% de part de marché ; qu'elle soutient que les contrats de distribution sélective ne contiennent aucune clause noire),
Que la licéité de son contrat a été reconnue par de nombreuses décisions, que le contrat a été notifié à la Commission Européenne en 1997 qui a jugé en 2002 que le contrat pouvait bénéficier d'une exemption,
Que l'étanchéité de son réseau est assurée par les termes du contrat de distribution (article 3-4-3) qui interdisent à ses distributeurs de revendre les produits à des revendeurs « non-agrées » et mais que les failles éventuelles dans l'étanchéité ne permettent pas pourtant de conclure à l'illicéité du réseau,
Considérant que la société Brandalley estime que selon les différentes pièces du dossier, l'appelante ne démontre n'avoir mis en place un réseau de distribution sélective que pour certaines marques et non pour toutes celles sur lesquelles elle prétend détenir des droits,
Que la société Coty France ne justifie pas la liceité du réseau de distribution sélective, ne rapportant pas la preuve d'avoir une part de marchés inférieure à 30% pour que son réseau de distribution sélective bénéficie d'une validité de principe, étant au surplus rappelé qu'elle n'a pas démontré qu'elle pouvait mettre en place un réseau de distribution sélective pour plusieurs marques ;
Que Brandalley expose s'être approvisionnée auprès de la société CRM laquelle a acquis les produits auprès de la société G. dont le fournisseur est la société Flagrances Sales, cette dernière n'étant qu'une société du groupe Coty ; que dès lors, l'étanchéité du réseau est quasi inexistante en France et dans l'Union Européenne,que la société Coty France ne fait pas la preuve contraire de sorte qu'elle tente abusivement d'empêcher la commercialisation des produits en cause,
Qu' en cas de doute sur l'illicéité ou non du réseau de distribution sélective mis en place par la société Coty France, il y aurait lieu de faire usage des dispositions de l'article L462-3 du Code de commerce, de saisir pour avis l'Autorité de la Concurrence sur la licéité du réseau de distribution sélective revendiqué par la requérante,
Mais considérant que Coty a mis en place un réseau de distribution sélective dont elle doit justifier la licéité,
Que, pour ce qui concerne l'étanchéité du réseau, le contrat comporte en son article 3.4.3 une disposition destinée à assurer l'étanchéité juridique du réseauen interdisant la revente à des distributeurs non agréés ; que le fait que la société Brandalley a pu s'approvisionner auprès de distributeurs anglais, ne saurait démontrer, à lui seul, l'illicéité du réseau,
Considérant que les faits à l'origine de la procédure ont eu lieu en mars 2009, février 2010 et novembre 2011 ; que pour déterminer la validité du réseau, il convient de se référer à l'article 81 §1 dutraité de Rome alors en vigueur, à l'article 101 du TFUE et au règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999 ainsi qu' à l'article L 420-1 du Code de commerce ;
Que le règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et pratiques concertéesapplicable aux faits reprochés ayant eu lieu en mars 1999 et février 2010, l'article 3 du règlement UE 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 pour les faits de novembre 2011 prévoient une exemption pour les accords de distribution dits «accords verticaux» conclus entre les distributeurs et le fournisseur lorsquela part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % et ce, sous réserve que les accords de distribution ne comportent pas de restrictions caractérisées,

Qu'en l'espèce, Coty verse aux débats les courriers établis le 6 mars 2013 par la société NPD Group selon lesquels «la part de marché valeur total parfums sélectif en France sur le cumul annuel 2010 (du 4 janvier 2010 au 2 janvier 2011) : Le Groupe Coty Prestige = 3,7% », « ...sur le cumul annuel 2011 (du 3 janvier 2011 au 1°janvier 2012 : le Groupe Coty Prestige =3,9% », « '.sur le cumul annuel 2012 (du 2 janvier 2012 au 30 décembre 2012 : le Groupe Coty Prestige = 3, 7% » ; que comme le constate justement Brandalley, Coty ne donne aucune précision surla la qualification de la société NPD Group, sur son autorité en la matière ;que par ailleurs, ces courriers concernentle Groupe Coty Prestige et non Coty France ;qu'enfin, l'année de référence à prendre en considération pour la détermination de la part de marché est l'année précédant les faits reprochés à Brandalley, et en l'espèce, les années 2008 et 2009 pour les ventes flash de 2009 et 2010, et que, faisant état des parts de marchés des années 2010, 2011 et 2012, Coty n'établit pas la preuve que sa part de marché était inférieure à 30 % au moment des ventes flash qu'elle reproche à Brandalley,

Qu'à supposer qu'elle ait fait la preuve qu'elle détient une part de marché inférieure à 30 %, elle devrait encore justifier que son réseau est licite en ce que ses contrats de distribution ne comportent pas de clauses noires ce qu'elle ne fait qu'affirmer, alors que la lecture de son contrat de distribution en vigueur en 2008, 2010 et 2011 permet de constater : 1) que le point 3.4.2 du contrat en ce qu'il prévoit expressément la possibilité de vendre aux membres des comités d'entreprises ou des collectivités dès lors qu'ils se déplacent individuellement en tant que consommateurs directs dans les magasins pour effectuer les achats, exclut par cette disposition la vente aux agents d'achats (comités d'entreprise, collectivités) agissant pour le compte des utilisateurs finals,ce qui constitue une restriction caractérisée prévue par l'article 4c du règlement ; 2) que le point 3.4.3 édicte une interdiction de vendre à des revendeurs non agréés ; que si cette disposition est licite en ce qu'elle a pour objectif de protéger le réseau et d'en assurer l'étanchéité, en revanche,elle révèle son caractère restrictif prohibé lorsque le marché sur lequel évolue le distributeur non agréé n'est pas organisé en réseau de distribution sélective et qu'en l'espèce,Coty ne justifie pas que le système de distribution sélective couvre tous les territoires de sorte que la clausecrée une restriction illicite à la concurrence (l'article 4b) ;3) que le point 3.4.3.3 interdit au distributeur agréé de réaliser une vente active d'un nouveau produit contractuel vers un Etat membre de l'Union européenne où la société Coty France ou une société du même groupe ne l'aurait pas mis en vente, pendant un délai d'un an à compter de la date du premier lancement du produit dans un Etat membre, que cette clause a pour effet de restreindrele territoire sur lequel l'acheteur peut vendre les biens contractuels, les ventes actives aux utilisateurs finaux et constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4.b), 4.c) et 4.d) prohibée ; qu'il apparaît que des clauses noires sont contenues dans le contrat de distribution, qui excluent tout caractère licite du réseau ;

Considérant encore que Coty ne peut justifier du bénéfice d'une exemption individuelle en produisant aux débats deux courriers du 28 novembre 2001 et du 9 janvier 2002 de la Commission Européenne adressés respectivement à Lancaster Group GmbH et à Unilever Cosmetic International précisant que l' «Accord de distribution au détail»satisfait les conditions d'exemption posées par le règlement n° 2790/99 du 22 décembre 1999 alors que ces courriers ne sont pas adressés à Coty France, que l' «accord de distribution au détail» soumis à la commission dont il est fait état n'est pas versé aux débats et alors que l'expression d'opinion que révèlent ces courriers ne lie ni les autorités nationales ni le juge national ;

Considérant en définitive, qu'il apparaît que Coty ne démontre pas la licéité du réseau de distribution qu'elle entend faire protéger en engageant cette procédure ;

Sur les fautes reprochées à Brandalley et les préjudices :

Considérant que Coty reproche une série de faits qu'elle considère fautifs à Brandalley : qu'elle vend de façon illicite les produits du réseau, qu'elle usurpe la qualité de distributeur agrée et

fait de la publicité mensongère, qu'elle porte atteinte à l'image de la marque Coty France, a un comportement parasitaire,
Considérant que Brandalley conteste ces différentes fautes,
Mais considérant que Coty ne peut reprocher à la société Brandalley d'avoir porté atteinte à l'image du réseau de distribution sélective qu'elle a constitué et dont le caractère illicite est reconnu, qu'elle ne peut lui reprocher d'avoir usurpé une qualité de «distributeur agréé» alors au surplus qu'il n'est pas démontré queles emballages des produits vendus par Brandalley comportent la mention «distributeur agréé», et d'avoir ainsi commis des actes de publicité trompeuse,
Considérant que Coty reproche à Brandalley d'avoir porté atteinte à son image, à son prestige ; qu'elle se borne à alléguer sans produire le moindre document,
Considérant pour ce qui concerne l'atteinte que porteraient les ventes flash à l'image des marques et aux parfums, qu'il y a lieu de remarquer qu'elle ne saurait invoquer un tel préjudice sinon pour la marque et les produits Calvin Klein pour laquelle elle justifie bénéficier d'un contrat de licence et d'exploitation de la marque ; que toutefois, elle n'établit pas que ces quelques «ventes privée d'une durée très limitée» comme elle les décrit elle-même, réalisées sur une année, des produits Calvin Klein, doivent être considérées comme des «braderies»,ont donné une impression de «déballage»de sorte qu'elles ont dévalorisé les produits et la marque,
Considérant que Coty enfin invoque des faits de parasitisme ; que selon elle, Brandalley qui ne « détient aucun point de vente physique et n'a pas à respecter les conditions imposées par le contrat de distributeur agréé »utilise les investissements réalisés par les distributeurs ; que toutefois, la cour constate que la société Coty ne fait pas état de ses propres investissements, que par ailleurs, aucun élément n'est versé aux débats pour justifier les efforts financiers, intellectuels que les distributeurs ont pu faire dont la société Brandalley aurait profité sans bourse déliée, que le parasitisme invoqué ne peut être retenu,
Considérant qu'il y a lieu de débouter la société Coty France de ses demandes,
PAR CES MOTIFS :
La cour,
INFIRME le jugement,

CJUE, 6 décembre 2017, aff. C-230/16, « affaire Coty II »

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, ainsi que de l'article 4, sous b) et c), du règlement (UE) nº 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2010, L 102, p. 1).
2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Coty Germany GmbH, un fournisseur de produits cosmétiques de luxe établi en Allemagne, à Parfümerie Akzente GmbH, un distributeur agréé desdits produits, au sujet de l'interdiction imposée à celui-ci, dans le cadre d'un contrat de distribution sélective entre Coty Germany et ses distributeurs agréés, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet des produits contractuels.

Le cadre juridique

3 Aux termes du considérant 10 du règlement nº 330/2010, « [l]e présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui risquent de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les gains d'efficience. En particulier, les accords verticaux contenant certains types de restrictions graves de concurrence, comme l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un

prix de vente fixe ou certains types de protection territoriale, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement, quelle que soit la part de marché des entreprises concernées ».

4 L'article 1er, paragraphe 1, sous e), de ce règlement définit le « système de distribution sélective » comme étant « un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système ».

5 L'article 2, paragraphe 1, dudit règlement dispose :

« Conformément à l'article 101, paragraphe 3, [TFUE], et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, [TFUE] est déclaré inapplicable aux accords verticaux.

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions verticales. »

6 L'article 3, paragraphe 1, du même règlement prévoit :

« L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels. »

7 Sous l'intitulé « Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie–restrictions caractérisées », l'article 4 du règlement nº 330/2010 énonce :

« L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet :

[...]

b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement [...]

[...]

c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché

[...]

[...] »

Le litige au principal et les questions préjudicielles

8 Coty Germany vend des produits cosmétiques de luxe en Allemagne. Elle commercialise certaines marques de ce secteur par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective, sur la base d'un contrat de distribution sélective également utilisé par les entreprises qui lui sont affiliées. Ce contrat est complété par différents contrats spéciaux dont l'objet est d'organiser ledit réseau.

9 Parfümerie Akzente distribue depuis de nombreuses années les produits de Coty Germany, en tant que distributeur agréé, aussi bien dans ses points de vente physiques que sur Internet. La vente par Internet se fait en partie par l'intermédiaire de sa propre boutique en ligne et en partie par l'intermédiaire de la plateforme « amazon.de ».

10 Il ressort de la décision de renvoi que, dans son contrat de distribution sélective, Coty Germany justifie son système de distribution sélective en ces termes : « la nature des marques de Coty Prestige exige une distribution sélective destinée à préserver l'image de luxe attachée à ces marques ».

11 À cet égard, s'agissant du commerce physique, le contrat de distribution sélective prévoit que chaque point de vente du distributeur doit être agréé par Coty Germany, ce qui suppose le

respect d'un certain nombre d'exigences, énumérées à l'article 2 dudit contrat, en termes d'environnement, d'aménagement et d'agencement de ces points de vente.

12 En particulier, aux termes de l'article 2, paragraphe 1, point 3, de ce contrat, « l'aménagement et l'agencement du point de vente, l'offre de produits, la publicité et la présentation des produits à la vente doivent valoriser et conforter le caractère luxueux des marques Coty Prestige. Il est tenu compte en particulier, pour l'appréciation de ce critère, des façades, de l'aménagement intérieur, des sols, murs et plafonds, du mobilier ainsi que de la surface de vente et de l'éclairage, et enfin de l'impression générale d'ordre et de propreté ».

13 L'article 2, paragraphe 1, point 6, dudit contrat précise que « l'identification du point de vente, par le nom de l'entreprise ou par l'ajout d'éléments ou du slogan de l'entreprise, ne peut donner l'impression d'un choix limité de produits, d'un aménagement de qualité médiocre ou de l'absence de conseils et doit en tout état de cause être apposée de manière à ne pas couvrir les éléments de décoration et les surfaces d'exposition du dépositaire ».

14 Par ailleurs, le cadre contractuel qui lie les parties comporte un avenant concernant la vente par Internet, dont l'article 1er, paragraphe 3, prévoit que « le dépositaire n'est pas autorisé à utiliser un autre nom ou à faire appel à une entreprise tierce qui n'a pas été agréée ».

15 À la suite de l'entrée en vigueur du règlement nº 330/2010, Coty Germany a modifié les contrats du réseau régissant la distribution sélective ainsi que cet avenant, en prévoyant à la clause I, paragraphe 1, premier alinéa, de celui-ci que « le dépositaire est autorisé à proposer et à vendre les produits sur Internet, à la condition toutefois que cette activité de vente par Internet soit réalisée par l'intermédiaire d'une "vitrine électronique" du magasin agréé et que le caractère luxueux des produits soit préservé ». En outre, la clause I, paragraphe 1, point 3, dudit avenant interdit expressément l'usage d'une autre dénomination commerciale ainsi que l'intervention visible d'une entreprise tierce qui n'est pas un dépositaire agréé de Coty Prestige.

16 Parfümerie Akzente a refusé de signer les modifications apportées au contrat de distribution sélective. Coty Germany a introduit un recours devant la juridiction nationale de première instance afin que celle-ci interdise à la défenderesse au principal, en application de ladite clause I, paragraphe 1, point 3, de distribuer les produits de la marque litigieuse par l'intermédiaire de la plateforme « amazon.de ».

17 Cette juridiction a, par un jugement en date du 31 juillet 2014, rejeté ce recours, au motif que la clause contractuelle litigieuse était contraire à l'article 1er du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions de concurrence) ou à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Elle a estimé que l'objectif tenant à la préservation d'une image de prestige de la marque ne pouvait justifier, conformément à l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), l'instauration d'un système de distribution sélective, par principe restrictif de la concurrence. Cette clause constituait également, selon ladite juridiction, une restriction caractérisée, au sens de l'article 4, sous c), du règlement nº 330/2010.

18 En outre, la juridiction nationale de première instance a considéré que ladite clause ne remplissait pas davantage les conditions lui permettant de bénéficier d'une exemption individuelle, dès lors qu'il n'avait pas été démontré que l'interdiction générale de la vente par Internet par l'intermédiaire des plateformes tierces qu'elle prévoit générait des gains d'efficience de nature à compenser les inconvénients pour la concurrence qui résultaient de la restriction des modes de commercialisation. En tout état de cause, cette juridiction a estimé qu'une telle interdiction générale n'était pas nécessaire, car il existait d'autres moyens également appropriés, mais moins restrictifs de la concurrence, tels que l'application de critères qualitatifs spécifiques pour les plateformes tierces.

19 Coty Germany a interjeté appel du jugement rendu par la juridiction nationale de première instance devant l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Frankfort-sur-le-Main, Allemagne). Dans ce cadre, cette juridiction s'interroge sur la licéité,

au regard du droit de l'Union de la concurrence, du dispositif contractuel existant entre les deux parties en litige.

20 Dans ces conditions, l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (tribunal régional supérieur de Frankfort-sur-le-Main) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Les systèmes de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l'"image de luxe" desdits produits constituent-ils un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, l'interdiction absolue, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, sans considération de la question de savoir s'il est concrètement porté atteinte aux exigences légitimes du fabricant en termes de qualité, peut-elle être considérée comme un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ?

3) L'article 4, sous b), du règlement n° 330/2010 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet constitue une restriction par objet de la clientèle du détaillant ?

4) L'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective, qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet constitue une restriction par objet des ventes passives aux utilisateurs finals ? »

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question

21 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'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 cette disposition.

22 Aux termes de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, 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 dans le marché intérieur.

23 S'agissant des accords qui constituent un système de distribution sélective, la Cour a relevé que de tels accords influencent nécessairement la concurrence dans le marché intérieur.

24 Toutefois, la Cour a jugé que l'organisation d'un réseau de distribution sélective 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 (arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, EU:C:2011:649, point 41 et jurisprudence citée).

25 S'agissant notamment de la question de savoir si la distribution sélective peut être nécessaire au regard de produits de luxe, il convient de rappeler que la Cour a déjà constaté que la qualité de tels produits résulte non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles, mais également de l'allure et de l'image de prestige qui leur confèrent une sensation de luxe, que cette sensation constitue un élément essentiel desdits produits pour qu'ils soient distingués, par les consommateurs, des autres produits semblables, et que, dès lors, une atteinte à ladite

sensation de luxe est susceptible d'affecter la qualité même de ces produits (voir, en ce sens, arrêt du 23 avril 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, points 24 à 26 et jurisprudence citée).

26 Or, à cet égard, la Cour a considéré que les caractéristiques et les modalités propres d'un système de distribution sélective sont susceptibles, en elles-mêmes, de préserver la qualité et d'assurer le bon usage de tels produits (arrêt du 23 avril 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, point 28 et jurisprudence citée).

27 Dans ce contexte, la Cour a notamment estimé que l'organisation d'un système de distribution sélective visant à assurer une présentation valorisante de produits de prestige dans le point de vente est de nature à contribuer à la réputation des produits en question et donc au maintien de leur sensation de luxe (voir, en ce sens, arrêt du 23 avril 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, point 29).

28 Il résulte ainsi de cette jurisprudence que, eu égard à leurs caractéristiques et à leur nature, les produits de luxe peuvent nécessiter la mise en œuvre d'un système de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage.

29 Dès lors, un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits est conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que les conditions évoquées au point 24 du présent arrêt sont respectées.

30 Contrairement à ce que soutiennent Parfümerie Akzente ainsi que les gouvernements allemand et luxembourgeois, cette conclusion n'est pas infirmée par l'affirmation contenue au point 46 de l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649).

31 En effet, cette affirmation doit être lue et interprétée au regard du contexte de cet arrêt.

32 À cet égard, il convient de relever que, dans l'affaire ayant donné lieu audit arrêt, la juridiction de renvoi s'interrogeait sur la conformité, au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, non pas d'un système de distribution sélective pris dans sa globalité, mais d'une clause contractuelle particulière imposée à des distributeurs agréés, dans le cadre d'un tel système, portant interdiction absolue de vendre sur Internet les produits contractuels. Il y a lieu de préciser également que les produits visés par le système de distribution sélective en cause dans ladite affaire étaient non pas des produits de luxe, mais des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

33 L'affirmation figurant au point 46 de l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), s'inscrit dans le cadre des considérations effectuées par la Cour aux fins de fournir à la juridiction de renvoi concernée dans cette affaire les éléments d'interprétation nécessaires pour lui permettre de se prononcer sur le point de savoir si la restriction de la concurrence résultant de cette clause contractuelle était justifiée par un objectif légitime et poursuivait de manière proportionnée cet objectif.

34 Dans ce contexte, la Cour a considéré que la nécessité de préserver l'image de prestige des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle concernés ne constituait pas une exigence légitime aux fins de justifier une interdiction absolue de vente de ces produits sur Internet. L'appréciation figurant au point 46 de cet arrêt se rapportait, dès lors, aux seuls produits en cause dans l'affaire ayant donné lieu audit arrêt et à la clause contractuelle concernée dans cette affaire.

35 Il ne saurait être déduit de l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), en revanche, que son point 46 visait à établir une déclaration de principe selon laquelle la protection de l'image de luxe ne saurait plus désormais être de nature à justifier une restriction de la concurrence, telle que celle qui résulte de l'existence d'un réseau de distribution sélective, au regard de tout produit, dont notamment les produits de luxe, et de modifier ainsi la jurisprudence constante de la Cour, telle que rappelée aux points 25 à 27 du présent arrêt.

36 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits est conforme à cette disposition, 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.

Sur la deuxième question

37 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, 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.

38 Cette question concerne la licéité, au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, d'une clause particulière d'un système de distribution sélective de produits de luxe et de prestige.

39 À titre liminaire, il convient de rappeler que, ainsi qu'il ressort des appréciations effectuées dans le cadre de la première question, eu égard à la nature et aux caractéristiques propres de ces produits, l'objectif consistant à préserver leur image de luxe est de nature à justifier l'organisation d'un système de distribution sélective desdits produits.

40 Dans le contexte d'un tel système, une clause contractuelle particulière visant à préserver l'image de luxe des produits concernés est licite au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant qu'elle remplit les conditions énoncées au point 36 du présent arrêt.

41 S'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, qui prohibe le recours à des plateformes tierces pour la vente en ligne des produits contractuels, remplit ces conditions, il revient toutefois à la Cour de lui fournir à cet effet tous les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui lui permettront de se prononcer (voir, en ce sens, arrêt du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, EU:C:1980:289, point 14).

42 À cet égard, il est constant que la clause contractuelle en cause au principal a pour objectif de préserver l'image de luxe et de prestige des produits concernés. Par ailleurs, il ressort du dossier soumis à la Cour que la juridiction de renvoi considère que cette clause est objective et uniforme et qu'elle s'applique sans discrimination à l'égard de tous les distributeurs agréés.

43 Dès lors, il convient de vérifier si, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, l'interdiction faite par un fournisseur à ses distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet des produits de luxe concernés est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, c'est-à-dire si une telle interdiction est appropriée pour préserver l'image de luxe de ces produits et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

44 S'agissant, en premier lieu, du caractère approprié de l'interdiction en cause au principal au regard de l'objectif poursuivi, il convient d'observer, premièrement, que l'obligation imposée aux distributeurs agréés de ne vendre sur Internet les produits contractuels que par l'intermédiaire de leurs propres boutiques en ligne et l'interdiction faite auxdits distributeurs de faire usage d'une autre dénomination commerciale ainsi que de recourir de façon visible à des plateformes tierces garantissent d'emblée au fournisseur que, dans le cadre du commerce électronique de ces produits, ces derniers sont rattachés exclusivement aux distributeurs agréés.

45 Or, un tel rattachement étant précisément l'un des buts recherchés lorsqu'il est fait recours à un tel système, il apparaît que l'interdiction en cause au principal comporte une limitation cohérente au regard des caractéristiques propres du système de distribution sélective.

46 Par conséquent, si, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, ces caractéristiques font du système de distribution sélective un moyen adéquat pour préserver l'image de luxe des produits de luxe, et contribuent donc au maintien de la qualité de ces produits (voir, en ce sens, arrêt du 23 avril 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, points 28 et 29 ainsi que jurisprudence citée), une limitation, telle que celle résultant de l'interdiction en cause au principal, dont le résultat est inhérent auxdites caractéristiques, doit également être considérée comme étant de nature à préserver la qualité et l'image de luxe desdits produits.

47 Deuxièmement, l'interdiction en cause au principal permet au fournisseur de produits de luxe de contrôler que ses produits seront vendus en ligne dans un environnement qui correspond aux conditions qualitatives qu'il a convenues avec ses distributeurs agréés.

48 En effet, le non-respect par un distributeur des conditions de qualité fixées par le fournisseur permet à celui-ci de se retourner contre ce distributeur, sur le fondement du lien contractuel existant entre ces deux parties. L'absence de relation contractuelle entre le fournisseur et les plateformes tierces fait toutefois obstacle à ce que celui-ci puisse, sur un tel fondement, exiger de ces plateformes le respect des conditions de qualité qu'il a imposées à ses distributeurs agréés.

49 Or, une vente en ligne de produits de luxe par des plateformes qui n'appartiennent pas au système de distribution sélective de ces produits, dans le cadre de laquelle le fournisseur n'a pas la possibilité de contrôler les conditions de vente de ses produits, comporte le risque d'une détérioration dans la présentation desdits produits sur Internet, qui est de nature à porter atteinte à leur image de luxe et, partant, à leur nature même.

50 Troisièmement, compte tenu du fait que ces plateformes constituent un canal de vente pour tout type de produit, le fait que les produits de luxe ne soient pas vendus par l'intermédiaire de telles plateformes, et que leur vente en ligne s'effectue uniquement dans les boutiques en ligne des distributeurs agréés contribue à cette image de luxe auprès des consommateurs et, de ce fait, au maintien de l'une des caractéristiques principales de ces produits recherchées par les consommateurs.

51 Dès lors, l'interdiction faite par un fournisseur de produits de luxe à ses distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet de ces produits, est appropriée pour préserver l'image de luxe desdits produits.

52 S'agissant, en second lieu, du point de savoir si l'interdiction en cause au principal dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, il convient de relever, d'une part, que, à la différence de la clause visée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), la clause en cause au principal n'interdit pas de manière absolue aux distributeurs agréés de vendre sur Internet les produits contractuels. En effet, en application de cette clause seule est prohibée la vente en ligne des produits contractuels par l'intermédiaire de plateformes tierces qui opèrent de façon visible à l'égard des consommateurs.

53 Partant, les distributeurs agréés sont autorisés à vendre en ligne les produits contractuels par l'intermédiaire tant de leurs propres sites Internet, dès lors qu'ils disposent d'une vitrine électronique du magasin agréé et que le caractère luxueux des produits est préservé, que de plateformes tierces non agréées lorsque l'intervention de ces dernières n'est pas visible pour le consommateur.

54 D'autre part, il convient de souligner que, ainsi qu'il ressort des résultats provisoires de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique menée par la Commission, au titre de l'article 17 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1), adoptés le 15 septembre 2016, nonobstant l'importance croissante des plateformes tierces dans la commercialisation des produits des distributeurs, le canal de distribution le plus important, dans le cadre de la distribution sur Internet, est toutefois constitué par les boutiques en ligne

propres aux distributeurs, lesquelles sont exploitées par plus de 90 % des distributeurs interrogés. Cette circonstance a été confirmée dans le rapport final concernant cette enquête, en date du 10 mai 2017.

55 Ces éléments permettent de considérer qu'une interdiction, telle que celle faite par la requérante au principal à ses distributeurs agréés, de recourir de façon visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet de produits de luxe ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'image de luxe desdits produits.

56 En particulier, eu égard à l'absence de relation contractuelle entre le fournisseur et les plateformes tierces lui permettant d'exiger de ces plateformes le respect des conditions de qualité qu'il a imposées à ses distributeurs agréés, ne saurait être considérée comme étant aussi efficace que l'interdiction en cause au principal l'autorisation accordée auxdits distributeurs de recourir à de telles plateformes sous la condition que ces dernières répondent à des exigences de qualité prédéfinies.

57 Il en résulte que, sous réserve des vérifications qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'effectuer, une telle interdiction apparaît licite au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

58 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, 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, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Sur les troisième et quatrième questions

Observations liminaires

59 Ce n'est que dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi devrait conclure qu'une clause, telle que celle en cause au principal, restreint la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE que pourrait se poser la question de savoir si cette clause peut bénéficier, en vertu de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, d'une exemption au titre du règlement n° 330/2010. Il ressort de la décision de renvoi que les seuils de part de marché prévus à l'article 3 dudit règlement ne sont pas dépassés. Dès lors, ladite clause pourrait bénéficier de l'exemption prévue à l'article 2 dudit règlement.

60 Toutefois, le règlement n° 330/2010 exclut du bénéfice de l'exemption par catégorie certains types de restrictions qui risquent de produire des effets anticoncurrentiels graves, indépendamment de la part de marché des entreprises concernées. Il s'agit des restrictions caractérisées prévues à l'article 4 dudit règlement.

61 L'exemption par catégorie prévue à l'article 2 du règlement n° 330/2010 ne saurait, dès lors, être appliquée à une interdiction telle que celle en cause au principal si celle-ci constitue l'une desdites restrictions caractérisées.

Sur l'interprétation de l'article 4, sous b) et c), du règlement n° 330/2010

62 Par ses troisième et quatrième questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 4 du règlement n° 330/2010 doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui opèrent en tant que distributeurs sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, constitue une restriction de la clientèle, au sens de l'article 4, sous b), de ce règlement ou une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), dudit règlement.

63 Conformément à l'article 4, sous b) et c), du règlement nº 330/2010, l'exemption prévue à l'article 2 de celui-ci ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet soit de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur, partie à l'accord, peut vendre les biens ou les services contractuels, soit de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché.

64 Il convient donc de vérifier si une clause contractuelle telle que celle en cause au principal restreint la clientèle à laquelle les distributeurs agréés peuvent vendre les produits de luxe concernés ou si elle restreint les ventes passives des distributeurs agréés aux utilisateurs finals.

65 À cet égard, tout d'abord, il convient de rappeler que, à la différence de la clause visée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), la clause en cause dans la présente affaire ne prohibe pas le recours à Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels, ainsi que cela a été exposé aux points 52 et 53 du présent arrêt.

66 Ensuite, il ressort du dossier soumis à la Cour qu'il ne paraît pas possible de délimiter, au sein du groupe des acheteurs en ligne, les clients de plateformes tierces.

67 Enfin, il ressort également du dossier dont dispose la Cour que le contrat de distribution sélective en cause au principal autorise, sous certaines conditions, les distributeurs agréés à faire de la publicité par l'intermédiaire d'Internet sur des plateformes tierces et l'utilisation des moteurs de recherche en ligne, de telle sorte que, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 147 de ses conclusions, les clients sont normalement en mesure de trouver l'offre Internet des distributeurs agréés, en utilisant de tels moteurs.

68 Dans ces conditions, même si elle restreint une forme particulière de vente sur Internet, une interdiction telle que celle en cause au principal ne constitue pas une restriction de la clientèle des distributeurs, au sens de l'article 4, sous b), du règlement nº 330/2010, ni une restriction des ventes passives des distributeurs agréés aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), de ce règlement.

69 Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre aux troisième et quatrième questions que l'article 4 du règlement nº 330/2010 doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui opèrent en tant que distributeurs sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, ne constitue pas une restriction de la clientèle, au sens de l'article 4, sous b), de ce règlement, ni une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), dudit règlement.

Sur les dépens

70 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit :

1) L'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits est conforme à cette disposition, 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.

2) L'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, 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, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

3) L'article 4 du règlement (UE) nº 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui opèrent en tant que distributeurs sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, ne constitue pas une restriction de la clientèle, au sens de l'article 4, sous b), de ce règlement, ni une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), dudit règlement.

Annexe

Règlement d'exemption 330/2010 :

Concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées
(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)
LA COMMISSION EUROPÉENNE,
vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,
vu le règlement no 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées [1], et notamment son article 1er,
après publication d'un projet du présent règlement,
après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,
considérant ce qui suit:
(1) En vertu du règlement no 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer, par voie de règlement, l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [**] à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité.
(2) Le règlement (CE) no 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 [3] définit une catégorie d'accords verticaux dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Eu égard aux résultats globalement positifs de l'application de ce règlement, qui expire le 31 mai 2010, et à l'expérience supplémentaire acquise depuis son adoption, il y a lieu d'adopter un nouveau règlement d'exemption par catégorie.
(3) La catégorie d'accords dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité comprend les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Le terme "accords verticaux" doit inclure les pratiques concertées correspondantes.
(4) Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité par voie de règlement, de définir les accords verticaux susceptibles de relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité. L'évaluation individuelle d'accords au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité exige la prise en compte de plusieurs facteurs, notamment la structure de marché du côté de l'offre et de la demande.
(5) Il y a lieu de limiter le bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité.
(6) Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficience économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes.

(7) La probabilité que de tels gains d'efficience l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord et, dès lors, du degré de concurrence que celles-ci doivent affronter de la part d'autres fournisseurs de biens et de services que les clients considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.
(8) On peut présumer, lorsque la part de marché détenue par chaque entreprise partie à l'accord sur le marché en cause ne dépasse pas 30%, que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions graves de concurrence ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable des avantages qui en résultent.
(9) Au-dessus du seuil de part de marché de 30 %, il n'est pas possible de présumer que les accords verticaux relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité entraînent généralement des avantages objectifs de nature et de taille à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence. En même temps, ces accords verticaux ne sont pas présumés relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité.
(10) Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui risquent de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les gains d'efficience. En particulier, les accords verticaux contenant certains types de restrictions graves de concurrence, comme l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ou certains types de protection territoriale, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement, quelle que soit la part de marché des entreprises concernées.
(11) Afin de garantir l'accès au marché en cause ou de prévenir toute collusion sur ce marché, l'exemption par catégorie doit être subordonnée à certaines conditions. À cette fin, l'exemption des obligations de non-concurrence doit être limitée à celles qui ne dépassent pas une certaine durée. Pour les mêmes raisons, toute obligation directe ou indirecte imposant aux membres d'un système de distribution sélective l'obligation de ne pas vendre les marques de certains fournisseurs concurrents doit être exclue du bénéfice du présent règlement.
(12) Le seuil de part de marché, l'exclusion de certains accords verticaux de l'exemption prévue par le présent règlement ainsi que les conditions auxquelles celui-ci subordonne l'exemption font normalement en sorte que les accords auxquels s'applique l'exemption par catégorie ne donnent pas la possibilité aux entreprises participantes d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.
(13) Conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) no 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 [4], la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité.
(14) L'autorité de concurrence d'un État membre peut, en vertu de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) no 1/2003, retirer le bénéfice de l'application du présent règlement pour l'ensemble ou pour une partie du territoire d'un État membre, si dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité sur l'ensemble ou sur une

partie du territoire de cet État membre et lorsque ce territoire présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct.
(15) Pour déterminer si le bénéfice de l'application du présent règlement doit être retiré en vertu de l'article 29 du règlement (CE) no 1/2003, les effets anti-concurrentiels qui peuvent résulter de l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès à un marché en cause ou la concurrence à l'intérieur de celui-ci, sont particulièrement importants. Ces effets cumulatifs peuvent, par exemple, se produire dans le cas de la distribution sélective ou des obligations de non concurrence.
(16) Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets anti-concurrentiels similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut, par voie de règlement, déclarer le présent règlement inapplicable à des accords verticaux contenant des restrictions déterminées qui sont pratiquées sur le marché en cause, restaurant ainsi la pleine application de l'article 101 du traité à l'égard de ces accords,
A ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:
Article premier
Définitions
1. Aux fins du présent règlement, on entend par:
a) "accord vertical", un accord ou une pratique concertée 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 relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
b) "restriction verticale", une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité;
c) "entreprise concurrente", un concurrent actuel ou potentiel; "concurrent actuel", une entreprise présente sur le même marché en cause; "concurrent potentiel", une entreprise qui, en l'absence de l'accord vertical, pourrait entreprendre, de façon réaliste et non selon une possibilité purement théorique, les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause rapidement en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs;
d) "obligation de non-concurrence", toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente;
e) "système de distribution sélective", un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;
f) "droits de propriété intellectuelle", les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins;
g) "savoir-faire", un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce

contexte, "secret" signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; "identifié" signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité;
h) "acheteur", entre autres, une entreprise qui, en vertu d'un accord relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise;
i) "client de l'acheteur", une entreprise non partie à l'accord qui achète les biens ou services contractuels à un acheteur partie à l'accord.
2. Aux fins du présent règlement, les termes "entreprise", "fournisseur" et "acheteur" comprennent leurs entreprises liées respectives.
Sont considérées comme "entreprises liées":
a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord dispose, directement ou indirectement:
i) de plus de la moitié des droits de vote, ou
ii) du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou
iii) du droit de gérer les affaires de l'entreprise;
b) les entreprises qui, dans une entreprise partie à l'accord, disposent, directement ou indirectement, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
c) les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point b) dispose, directement ou indirectement, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
d) les entreprises dans lesquelles une entreprise partie à l'accord et une ou plusieurs des entreprises visées aux points a), b) ou c), ou dans lesquelles deux ou plus de deux de ces dernières entreprises disposent ensemble des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
e) les entreprises dans lesquelles les droits ou les pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:
i) des parties à l'accord ou leurs entreprises liées respectives visées aux points a) à d), ou
ii) une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs des entreprises qui leur sont liées visées aux points a) à d) et un ou plusieurs tiers.

Article 2

Exemption

1. Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux.
La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions verticales.
2. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique qu'aux accords verticaux conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre une telle association et ses fournisseurs, si tous ses membres sont détaillants de biens et sous réserve qu'aucun des membres individuels de cette association, conjointement avec ses entreprises liées, ne réalise un chiffre d'affaires annuel total qui dépasse 50 millions d'euros. Les accords verticaux conclus par ces associations sont couverts par le présent règlement sans préjudice de l'application de l'article 101 du traité aux accords horizontaux conclus par les membres de l'association et aux décisions adoptées par l'association.
3. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de

propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique sous réserve qu'en relation avec les biens ou les services contractuels, ces dispositions ne comportent pas de restrictions de concurrence ayant un objet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du présent règlement.

4. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. Toutefois, l'exemption s'applique lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

a) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents; ou que

b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

5. Le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit.

Article 3

Seuil de part de marché

1. L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels.

2. Aux fins du paragraphe 1, lorsque, aux termes d'un accord multipartite, une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord, la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché prévu dans ce paragraphe, en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption prévue à l'article 2 s'applique.

Article 4

Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie — restrictions caractérisées

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet:

a) de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivaillent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties;

b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de:

i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur,

ii) restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché,

iii) restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, et
iv) restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;
c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;
d) de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents;
e) de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens.
Article 5
Restrictions exclues
1. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux obligations suivantes contenues dans des accords verticaux:
a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans;
b) toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services;
c) toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.
Aux fins du premier alinéa du paragraphe 1, point a), une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.
2. Par dérogation au paragraphe 1, point a), la limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur.
3. Par dérogation au paragraphe 1, point b), l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, lorsque les conditions suivantes sont remplies:
a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels;
b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat;
c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur;
d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

Le paragraphe 1, point b), ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public.

Article 6

Non-application du présent règlement

Conformément à l'article 1 bis du règlement no 19/65/CEE, la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

Article 7

Application du seuil de part de marché

Aux fins de l'application du seuil de part de marché prévu à l'article 3, les règles suivantes s'appliquent:

a) la part de marché du fournisseur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des ventes sur le marché et la part de marché de l'acheteur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des achats sur le marché. À défaut, la détermination de la part de marché de l'entreprise considérée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes et des achats sur celui-ci;

b) la part de marché est calculée sur la base de données relatives à l'année civile précédente;

c) la part de marché du fournisseur inclut les biens ou les services fournis aux distributeurs verticalement intégrés aux fins de la vente;

d) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 %, mais franchit ensuite ce seuil sans dépasser 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil de 30 % a été dépassé pour la première fois;

e) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 % mais dépasse ensuite 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année pendant laquelle le seuil de 35 % a été dépassé pour la première fois;

f) le bénéfice des points d) et e) ne peut pas être combiné de manière à dépasser une période de deux années civiles;

g) la part de marché détenue par les entreprises visées à l'article 1er, paragraphe 2, second alinéa, point e), doit être imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs énumérés à l'article 1er, paragraphe 2, second alinéa, point a).

Article 8

Application du seuil de chiffre d'affaires

1. Le chiffre d'affaires annuel total au sens de l'article 2, paragraphe 2, résulte de l'addition du chiffre d'affaires, hors taxes et autres redevances, réalisé au cours de l'exercice précédent par la partie à l'accord vertical concernée et du chiffre d'affaires réalisé par ses entreprises liées, en ce qui concerne tous les biens et services. À cette fin, il n'est pas tenu compte des transactions intervenues entre la partie à l'accord vertical et ses entreprises liées ni de celles intervenues entre ces dernières entreprises.

2. L'exemption prévue à l'article 2 reste applicable si, pendant une période de deux exercices annuels consécutifs, le seuil du chiffre d'affaires annuel total n'est pas dépassé de plus de 10 %.

Article 9

Période de transition

L'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, pendant la période allant du 1er juin 2010 au 31 mai 2011, aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) no 2790/1999.

Article 10

Période de validité

Le présent règlement entre en vigueur le 1er juin 2010.

Il expire le 31 mai 2022.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Séances 7 et 8 : LE CONTRAT DE FRANCHISE

Cass. civ. 3ème, 27 mars 2002

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 12 juillet 2000), que les consorts Trévisan, propriétaires de locaux à usage commercial donnés à bail à la société Climatex, ont renouvelé le contrat de location le 19 août 1979 au profit de la société Confort Service qui, le 16 septembre 1986, a souscrit un contrat de franchise avec la société Conforama ; que le 29 mai 1987, les consorts Trévisan ont notifié à la société Confort service, aux droits de laquelle viennent désormais les époux Basquet, un congé avec refus de renouvellement et offre d'une indemnité d'éviction ; que les locataires ont assigné leur bailleur pour avoir paiement de l'indemnité d'éviction ;

Attendu que les consorts Trévisan font grief à l'arrêt de rejeter l'exception tirée de la péremption d'instance, alors, selon le moyen, que la constitution d'avocat par le demandeur à l'instance n'est soumise à aucune forme particulière ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a expressément constaté qu'un avocat, M. Gonelle, avait, après le décès du conseil des époux Basquet, continué d'assister ces derniers au cours des opérations d'expertise, c'est-à-dire qu'il avait eu des relations suivies avec les avocats des parties adverses, avec l'expert, avec le juge de la mise en état, devait en déduire que M. Gonelle s'était substitué à l'avocat décédé aux yeux des autres parties et de la juridiction saisie, ce d'autant plus qu'au décès de son prédécesseur aucun suppléant n'avait été désigné ; qu'en omettant de tirer les conséquences de ses propres constatations, la cour d'appel a violé les articles 751 et 814 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, que l'interruption d'instance, causée par le décès de l'avocat des époux Basquet, n'avait cessé que lorsque l'instance avait été reprise, ce qui ne pouvait être fait que par une constitution d'avocat, ou des conclusions contenant constitution d'avocat, notifiées à l'autre partie et remises au greffe de la juridiction, la cour d'appel en a exactement déduit que seules les conclusions de reprise d'instance notifiées à l'adversaire et déposées au greffe du tribunal au mois de juillet 1996 avaient été de nature à faire courir un nouveau délai de péremption de deux ans, de sorte que le moyen d'irrecevabilité soulevé par les consorts Trévisan ne pouvait prospérer ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les consorts Trévisan font grief à l'arrêt de faire droit à la demande d'indemnité d'éviction des époux Basquet, alors, selon le moyen :

1) Que, pour qu'un locataire franchisé ait un fonds de commerce en propre, il faut qu'il justifie soit qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur, soit que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque ; qu'en se bornant à retenir de manière générale que la société franchisée, aux droits de laquelle viennent aujourd'hui les époux Basquet, disposait sur les éléments constitutifs de son fonds de l'abusus, ce même si l'intuitu personae nécessaire à l'exécution du contrat de franchise avait conduit les parties à stipuler au profit du franchiseur un droit d'agrément ou de péremption en cas de cession de capitaux de nature à modifier le poids des associés sans rechercher ni apprécier en quoi le franchisé avait une clientèle liée à son activité personnelle, indépendamment de son attrait en

raison de la marque du franchiseur, ou en quoi l'élément du fonds qu'il avait apporté, le droit au bail, attirait la clientèle de manière telle qu'il prévalait sur la marque, la cour d'appel a violé l'article 1er du décret du 30 septembre 1953 ;

2) Que si les parties ont la faculté de soumettre leurs rapports au statut des baux commerciaux même si le bail ne présente pas de caractère, encore faut-il que cette volonté soit clairement exprimée ; qu'en retenant, pour considérer que les époux Basquet pouvaient réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction, que les bailleurs savaient lorsqu'ils ont délivré le congé avec offre de payer une indemnité d'éviction le 29 mai 1987 que la société locataire qui exploitait son fonds à l'enseigne Conforama était liée par un contrat de franchise souscrit au mois de septembre 1986, qu'ils ont, nonobstant ce changement dans la situation de leur locataire, continué de reconnaître à celui-ci le bénéfice du statut du décret du 30 septembre 1953 auquel s'étaient référés tous les actes antérieurs et renouvellement du bail et qu'un accord s'est par conséquent formé entre les parties, sans caractériser de manière précise et détaillée la volonté non équivoque des consorts Trévisan de soumettre le bail litigieux au statut des baux commerciaux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er du décret du 30 septembre 1953 ;

Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, d'une part, que si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls, d'autre part, que le franchiseur reconnaissait aux époux Basquet le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds, la cour d'appel en a déduit exactement que les preneurs étaient en droit de réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef.

Sur le troisième moyen :

Attendu que la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant, sans dénaturation, que les époux Basquet pouvaient prétendre au remboursement des travaux d'agrandissement nécessaires au remplacement des locaux de stockage perdus, chiffrés par l'expert avec l'aide d'un sapiteur à 1.473.000 francs, et au remboursement des frais de déménagement qui se sont élevés à 106.140 francs selon le devis auquel se réfère l'expert.

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

Cass. com., 7 janvier 2004

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Chambre commerciale, financière et économique, 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-15.135) que la société Pluri Publi exerce sur le territoire français une activité de prestations de services dans le domaine de la

location et de la vente d'immeubles, par le biais d'un réseau de franchise, sous l'enseigne Hestia ; que la société GPPA a adhéré au réseau Hestia selon contrat du 9 octobre 1987 ; qu'un litige a opposé les contractants sur l'exécution des obligations contractuelles;

que la société GPPA a alors sollicité l'annulation du contrat de franchise au regard d'une clause de non-rétablissement qui y figurait ;

Attendu que pour décider que la clause figurant au deuxième alinéa de l'article 17 du contrat de franchise est une clause abusive, pour prononcer son annulation et pour rejeter la demande en paiement d'indemnité de la société Pluri Publi au titre de cette clause, l'arrêt retient que cette clause interdit au franchisé "d'exploiter une activité similaire ou analogue dans la zone franchisée ou dans tout département où il existe déjà un réseau Hestia", durant un délai de deux années, que l'application de telles dispositions contractuelles ne conduit plus à une simple restriction mais à une véritable interdiction de l'activité puisqu'il est désormais interdit à la société GPPA, agissant pour favoriser les transactions immobilières entre particuliers sans faire office d'intermédiaire, d'employer certaines méthodes (abonnement à des listes périodiques d'offre de location, serveur télématique, etc) alors que de tels procédés sont indispensables à la poursuite d'une telle activité et que leur interdiction ne peut que conduire à la disparition de l'entreprise ;

Attendu, qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à justifier l'annulation de la clause litigieuse, limitée dans le temps et dans l'espace, sans avoir constaté qu'elle n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes de la société Pluripubli au regard de l'objet du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a décidé que la clause figurant au deuxième alinéa de l'article 17 du contrat de franchise est une clause abusive, prononcé son annulation et rejeté la demande en paiement d'indemnité de la société Pluripubli au titre de cette clause, l'arrêt rendu le 15 octobre 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens ;

Condamne la société GPPA aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du sept janvier deux mille quatre.

Cass. com., 17 janvier 2006

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt déféré (Caen, 10 décembre 2002), que la société Supercham, aux droits de laquelle se trouve la société Varassedis (société Supercham), a conclu avec la société Prodim un contrat de franchise en vue de l'exploitation d'un fonds de commerce d'alimentation à l'enseigne Shopi ; qu'aux termes de l'article 8 de ce contrat, le franchisé s'engageait, durant une période de trois ans suivant la fin de l'accord et dans une zone géographique de cinq

kilomètres, à ne pas s'affilier à une enseigne de renommée régionale ou nationale ; que l'article 12 stipulait que toutes contestations pouvant donner lieu à interprétation et exécution de l'accord seraient soumises à trois arbitres agissant "comme amiables compositeurs" ; qu'après avoir fait constater que la société Supercham avait déposé l'enseigne Shopi pour prendre l'enseigne Coccinelle exploitée par une société concurrente, la société Prodim a engagé la procédure d'arbitrage ; que, par sentence rendue le 23 septembre 1998, devenue définitive après exequatur, le tribunal arbitral a constaté la résiliation du contrat de franchise aux torts de la société Supercham et a condamné celle-ci au paiement de diverses sommes ; que la société Prodim ayant engagé une seconde procédure arbitrale aux fins d'obtention de dommages-intérêts pour violation de la clause de non-réaffiliation, le tribunal arbitral, par sentence du 25 avril 2001, a condamné la société Supercham à des dommages-intérêts ; que le franchisé a formé un recours en annulation contre cette décision ;

Attendu que la société Supercham fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours en annulation contre la sentence arbitrale et de l'avoir condamnée, en raison de son manquement à la clause de non-réaffiliation, à verser à la société Prodim des dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1 / que, suivant les dispositions d'ordre public de l'article 3.1 du règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, l'obligation pour le franchisé de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire sur un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise, dans la mesure où elle est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé ; que la cour d'appel, qui a rejeté le recours en nullité d'une sentence arbitrale se fondant sur la reconstitution du réseau local du franchiseur pour admettre la validité d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise, a violé l'article 3 du règlement CEE n° 4087/88 du 30 novembre 1988, ensemble l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

2 / que, suivant les dispositions d'ordre public de l'article 3.1 du règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, l'obligation pour le franchisé de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise, dans la mesure où elle est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé ; que la cour d'appel, qui a rejeté le recours en nullité d'une sentence arbitrale admettant la validité d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise, pour une durée de trois ans, a violé l'article 3 du règlement CEE n° 4087/88 du 30 novembre 1988, ensemble l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes du créancier ; que la cour d'appel, pour rejeter le recours en nullité d'une sentence arbitrale admettant la validité d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise pour une durée de trois ans, a retenu qu'il n'était pas démontré que la clause, constituant une restriction d'exercice d'une activité similaire sous une enseigne de renommée nationale ou régionale, limitée dans l'espace et dans le temps, violait une

quelconque règle de droit national d'ordre public ; qu'en statuant ainsi, et sans constater que la clause, tendant selon la sentence entreprise à la reconstitution du réseau local du franchiseur, était proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, la cour d'appel a violé la loi des 2-17 mars 1791, ensemble l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

4 / que tout jugement doit, à peine de nullité, être motivé ;

que la société Supercham faisait valoir que la renommée d'une enseigne devait être appréciée à la date où elle avait été apposée, et invoquait le défaut de motivation de la sentence arbitrale se bornant à retenir, plus de six ans après l'apposition de l'enseigne, que l'enseigne Coccinelle était "bien connue en France" ; que la cour d'appel, qui n'a pas répondu à ce moyen de nullité, et s'est ainsi abstenue de vérifier si le tribunal arbitral avait motivé sa décision sur les conditions de mise en oeuvre de la clause de non-réaffiliation, n'a pas satisfait aux exigences des articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile ;

5 / que la sentence arbitrale doit, à peine de nullité, être motivée ; que la cour d'appel, qui a refusé d'annuler la sentence qui, pour imputer à la société Supercham l'apposition d'une enseigne de renommée nationale ou régionale avant l'expiration du délai imparti par une clause de non-réaffiliation, s'est borné à retenir que l'enseigne "Coccinelle" était "bien connue en France", sans s'expliquer sur sa renommée à la date d'apposition de l'enseigne, a violé l'article 1480, 5 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'article 3, paragraphe 1 c) du règlement CE n° 4087/88 de la Commission des communautés européennes concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, devenu l'article 81 du Traité, à des catégories d'accord de franchise permet d'imposer au franchisé l'obligation de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, dans la mesure où cette obligation est nécessaire pour protéger des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau franchisé ; qu'ayant retenu que la clause de non-réaffiliation n'interdisait pas la poursuite d'une activité commerciale identique et se trouvait limitée dans le temps et dans l'espace, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui a constaté que la décision arbitrale était motivée, a retenu que cette clause ne violait aucune règle d'ordre public et a rejeté le recours en annulation ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 9 octobre 2007

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Espace télécommunication équipement (ETE), mise par la suite en redressement puis liquidation judiciaires, a conclu en 1998 et 1999 avec la société Cellcorp, mandataire de la Société française de radiotéléphone (SFR), six contrats de franchise, stipulant notamment la perception par le franchisé d'une rémunération forfaitaire fixe, calculée à partir du nombre d'abonnements souscrits dans le point de vente, d'une rémunération variable calculée à partir du chiffre d'affaires encaissé par la société SFR sur les abonnements souscrits par le distributeur, et de primes et compléments en cas de renouvellement de téléphone mobile sans changement de ligne par un abonné SFR ; que ces conventions, conclues pour une

période de deux ans renouvelable par période d'un an, sauf dénonciation moyennant un préavis de trois mois, ont été tacitement renouvelés jusqu'à ce que la société SFR refuse, en 2002 et 2003, de procéder au renouvellement de cinq d'entre eux à leur échéance, et notifie la résiliation sans préavis du sixième, concernant un point de vente situé à Sélestat ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que le liquidateur de la société ETE fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté les demandes tendant à la condamnation de la société SFR au paiement de dommages-intérêts à raison de fautes commises lors de la rupture des contrats, alors, selon le moyen :

1 / que les contrats doivent s'exécuter de bonne foi ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé elle-même que SFR avait rompu les contrats litigieux en raison du non-respect des quotas par la société ETE ;

qu'en écartant toute rupture abusive de la part de SFR sans rechercher si, comme le soutenait la société ETE, le non-respect des quotas n'était pas imputable au comportement de SFR elle-même, qui avait implanté de nouveaux partenaires à proximité de ses points de vente et l'avait évincée des listes de ses magasins dans ses documents commerciaux et publicitaires, ce qui caractérisait sa mauvaise foi dans l'exécution des contrats et un abus du droit de rompre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil ;

2 / que la cour d'appel a constaté expressément que les contrats imposaient à ETE une clause de non-concurrence portant sur l'exécution de prestations identiques à celles visées par le contrat, pendant douze mois à compter de sa résiliation ; qu'en retenant que le préavis contractuel de trois mois était suffisant pour permettre à ETE de se reconvertir, compte tenu notamment de l'existence d'une clientèle attachée à d'autres marques, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le maintien de cette clause de non concurrence n'était pas de nature à empêcher la société ETE d'exercer, après la rupture, la même activité avec d'autres marques, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil et L. 442-6-I-5 du code de commerce ;

Mais attendu, d'une part, que pour écarter l'imputation de mauvaise foi du franchiseur, la cour d'appel a constaté, se livrant ainsi à la recherche prétendument omise, que la société SFR n'avait pas l'obligation de garantir une exclusivité à la société ETE ;

Et attendu, d'autre part, qu'en retenant qu'une partie de la clientèle de la société ETE était attachée à d'autres marques, la cour d'appel a exclu que la stipulation incriminée interdise au franchisé de continuer son activité avec d'autres opérateurs après la rupture des relations ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses deux branches ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 330-3 du code de commerce ;

Attendu que pour rejeter les demandes du liquidateur de la société ETE tendant à la condamnation de la société SFR au paiement de dommages-intérêts à raison de fautes commises lors du renouvellement et de l'exécution des contrats renouvelés, l'arrêt retient que l'obligation d'information résultant du texte susvisé n'est susceptible d'entraîner la nullité du contrat qu'autant qu'elle a vicié le consentement du franchisé, et que tel ne peut être le cas, la société ETE étant en charge de plusieurs magasins pour lesquels les contrats ont été renouvelés, ce qui suffit à démontrer qu'elle était parfaitement informée ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle relevait que le franchiseur avait manqué à son obligation d'information à l'occasion du renouvellement, fût-il tacite, des accords de franchisage, et sans constater que le dommage dont le franchisé, qui ne poursuivait pas l'annulation de ces contrats, réclamait réparation à raison de ce manquement n'était dû qu'à sa propre faute, la cour d'appel, qui s'est prononcée par motifs inopérants pris de l'absence de vice du consentement, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Sur ce moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que pour statuer ainsi, l'arrêt retient encore que la société SFR n'avait pas l'obligation de garantir une exclusivité territoriale à la société ETE, et qu'elle fait valoir, sans être démentie, que cette dernière a elle-même procédé à des ouvertures de boutiques à proximité de commerces identiques préexistants ;

Attendu qu'en s'abstenant de répondre aux conclusions de la société ETE soutenant que la société SFR avait manqué à son obligation contractuelle de tenir le franchisé informé de tous les événements relatifs à la distribution, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article 1371 du code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société ETE en indemnité pour perte de clientèle, l'arrêt retient qu'il résulte de la formulation même de cette demande qu'une partie de la clientèle est attachée à la société SFR, et l'autre à l'exploitant, que ce n'est que pour cette seconde part que la société ETE pourrait formuler des prétentions, mais qu'elle n'apporte sur ce point aucun élément qui puisse être mis en relation directe et nécessaire avec le fait de SFR ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un

préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du premier moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes d'indemnisation formulées par la société Espace télécommunication équipement sur le fondement du manquement de la société Française de radiotéléphone à ses obligations d'information, et sur la perte de clientèle à raison de la dénonciation des contrats "partenaires", l'arrêt rendu le 26 janvier 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du neuf octobre deux mille sept.

CA Paris, 23 septembre 2009

LA COUR,

Vu le jugement du 22 juin 2006 du Tribunal de commerce de Paris qui a prononcé à compter du jugement, la résolution du contrat de franchise conclu le 19 janvier 2004 entre la SAS ATAC, franchiseur, et la SA CEFAB, franchisé, aux torts exclusifs de CEFAB, a débouté cette dernière des ses demandes, notamment de dommages intérêts et d'expertise, a dit nulle la clause de non concurrence post contractuelle figurant dans l'article 13-1 du contrat de franchise, débouté en conséquence ATAC de toutes ses demandes, a condamné solidairement la société CEFAB, ses associés et cautions M. Jacques L. et Mme Marie Claude L. à payer à la société ATAC les sommes de 446 687,44 € au titre des factures, 455 676 € TTC en remboursement du budget d'ouverture, 150 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et a ordonné l'exécution provisoire à l'exclusion de la condamnation concernant la clause pénale ;

Vu l'appel de la SA CEFAB, M. Jacques L. et Mme Marie Claude L. et leurs conclusions du 22 juin 2009 par lesquelles ils demandent notamment à la Cour d'infirmer le jugement ; dire que le contrat de franchise du 19 janvier 2004 a été résilié à bon droit par CEFAB aux torts et griefs exclusifs d'ATAC à effet du 21 novembre 2005 ; condamner cette dernière à lui payer les

sommes de 1 459 510 € au titre des pertes subies, subsidiairement 1 072 565 € ; 2 203 046 € , subsidiairement d'autres sommes au titre du manque à gagner ; 1 148 902 € , subsidiairement 1 148 902 € ,subsidiairement 1 005 454 € au titre de la rupture du contrat, 1 928 647 € , subsidiairement 958 362 € pour la perte de valeur de fonds de commerce ; la condamner également à lui payer le solde du budget de mise à l'enseigne, 380 000 € , avec intérêts au taux légal à compter du 4 mai 2004 ; à supporter à titre de dommages intérêts la totalité des créances marchandises qu'elle revendique ; à rembourser la somme de 187 510,89 € payée en exécution de l'ordonnance de référé du 21 novembre 2005 avec intérêts au taux légal à compter de cette date ; la condamner également à payer à M. Jacques L. et Mme Marie Claude L. 100 000 € chacun pour préjudice moral ; ordonner la capitalisation des intérêts à compter de l'assignation du 25 octobre 2005 ; débouter ATAC de toutes ses demandes ; désigner un expert pour faire les comptes entre les parties ; dire non applicable, subsidiairement nulle, la clause de non concurrence de l'article 13-1 du contrat de franchise, ordonner la compensation des créances réciproques ; très subsidiairement enjoindre ATAC de communiquer diverses pièces, réclamant 30 000 € pour CEFAB, 10 000 € pour M. Jacques L. et Mme Marie Claude L. au titre de l'article 700 du Code de procédure civile;

Vu les conclusions du 9 juin 2009 de la SAS ATAC qui demande à la Cour de confirmer le jugement sauf en ce qu'il a réduit le montant de l'indemnité au titre de la clause pénale et dit nulle la clause de non concurrence prévue à l'article 13-1 du contrat et sur le point de départ des intérêts sur la somme de 446 797,44 € ; assortir cette dernière avec intérêts au taux légal à compter du 17 octobre 2005, subsidiairement de la dernière mise en demeure du 28 novembre 2005, condamner CEFAB à lui payer 455 676 € au titre du remboursement de la participation d'ouverture, 915 200 € au titre de la clause pénale, 150 000 € pour violation de l'obligation de non concurrence prévue à l'article 13-1 du contrat ; condamner solidairement les appelants à lui payer 15 000 € supplémentaires au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ; faire interdiction à CEFAB de contrevenir à l'obligation de non concurrence de l'article 13-1 du contrat sous astreinte de 10 000 € par infraction constatée;

Considérant que le Tribunal a exposé les faits et rappelé notamment diverses dispositions du contrat, la Cour se référant à son exposé ;
Considérant qu'il convient en tout premier lieu de faire remarquer aux appelants que la capitalisation des intérêts ne peut avoir lieu que si les intérêts sont dus depuis plus d'un an et qu'en aucun cas la capitalisation des intérêts ne pourrait être ordonnée à compter de l'assignation ; qu'il convient également de faire observer à l'intimée que la société CEFAB ayant cédé son fonds de commerce et cessé toute activité commerciale, la demande d'interdiction sous astreinte de contrevenir à l'obligation de non concurrence est dépourvue d'objet ;

Considérant sur la validité de la clause de non concurrence et son application que l'article 13-1 du contrat de franchise stipule l'interdiction pour le franchisé pendant une période d'un an à compter de l'expiration de son contrat de représenter, de s affilier, d adhérer, de participer directement ou indirectement et d'une manière générale de se lier à toute société, association, groupement ou organisation d'achats ou de vente d'articles concurrents, ce dans toute la zone qui lui avait été contractuellement réservée' ; qu'ATAC qualifie cette stipulation de clause de non réaffiliation ; mais que par son étendue et la généralité de ses termes, elle interdit en fait tout exercice par l'ex franchisé d'un commerce analogue à celui qu'il exerçait en qualité de franchisé pendant un an dans toute la zone concernée dans des conditions

économiquement acceptables ; que la société CEFAB fait justement valoir que pour une grande surface alimentaire une enseigne renommée est nécessaire pour identifier le fond et sécuriser la clientèle, ainsi que l'affiliation à une centrale d'achat permettant de revendre à des prix concurrentiels ; que le contrat qualifie d'ailleurs, dans ses articles 13-2 et 13-3, de manière réaliste, l'obligation considérée d'obligation de non concurrence ; que c'est bien cette qualification qu doit être retenue, comme la société ATAC l'a fait elle même dans le dispositif de ses conclusions ;

Considérant qu'eu égard notamment à la généralité du commerce de grande surface principalement alimentaire concerné, et à la nature du savoir faire transféré, nécessairement lié à celle du commerce exploité, et donc en l'espèce de faibles technicité, spécificité, et originalité, il n'est aucunement établi que l'obligation de l'article 13-1 du contrat soit indispensable à la protection du savoir faire transféré ; que la clause est gravement déséquilibrée ; qu'elle n'assure pas la sauvegarde des intérêts légitimes du franchiseur mais a pour effet de porter une atteinte illégitime à la liberté du franchisé d'exercer son commerce dans des conditions normales autrement que dans le cadre du contrat de franchise avec ATAC ; que la protection du savoir faire et des intérêts légitimes du franchiseur est d'autant moins concernée par la clause qu'elle ne s'applique pas lorsque le contrat vient normalement à son terme mais seulement s'il prend fin par anticipation en raison de fautes du franchisé ; que l'obligation de non concurrence, figurant au même article 13-1 que la clause pénale et juste après celle ci en est le prolongement et correspond elle même à la définition de l'article 1226 du code civil ; que cette utilisation d'une obligation de non concurrence à titre de pénalité est étrangère à la protection des intérêts concurrentiels du franchiseur ;que c'est à juste titre que le Tribunal a annulé la clause litigieuse et débouté ATAC de toutes ses demandes de ce chef ;

Considérant qu'il y a lieu de remarquer au surplus et surabondamment que la société ATAC n'établit aucun préjudice résultant du défaut de respect de ladite prétendue obligation de non concurrence ;

Considérant sur les conditions de fonctionnement du contrat de franchise que la société CEFAB reproche à la société ATAC divers manquements ; qu'ATAC reconnaît des dysfonctionnements dus à des problèmes touchant les systèmes informatiques mais fait valoir, ce qui est constant, qu'elle a versé des indemnités en compensation des désordres temporaires, de l'ordre de 40 000 € , que CEFAB a encaissées ; qu'il n'est pas démontré que ces dysfonctionnements aient été d'une nature, ou aient entraîné des conséquences, telles qu'elles puissent justifier la résiliation du contrat aux torts d'ATAC ni l'octroi d'indemnités supplémentaires ; que ces difficultés sont d'ordre technique ; que CEFAB fait des citations de presse et de ses propres courriers mais que ses reproches demeurent imprécis ; qu'elle ne démontre aucunement ses affirmations qu'elle accumule dans des conclusions sur plusieurs dizaines de pages, et notamment pas que des manquements d'ATAC lui auraient fait perdre 1 278 495 € HT de chiffre d'affaires sur 18 mois ; qu'aucune conséquence ne peut être tirée des prétendues défaillances dans la mise en oeuvre des opérations promotionnelles dont ni la réalité ni les conséquences ne peuvent être constatées par la Cour ; qu'il en est de même en ce qui concerne les prétendus manquements aux engagements en matière d'approvisionnement ; que de manière tout aussi imprécise ATAC critique le comportement du dirigeant de CEFAB, M. L., déclarant, en citant aussi ses propres courriers, que CEFAB n'a pas mis en oeuvre les moyens utiles à sa réussite commerciale et s'est refusée à mettre en

oeuvre les concept ATAC M. L. étant convaincu qu il maîtrisait mieux son métier que le franchiseur' ; qu'il résulte de ces différents éléments que les relations entre les parties ont toujours été marquées par la méfiance et l'agressivité, ce qui ne pouvait qu'aboutir à la rupture des relations, sans que la Cour puisse en tirer de conséquences quant aux torts de l'une ou l'autre partie dans cette rupture ;

Considérant sur les reproches plus précis concernant la passerelle AUCHAN et la violation alléguée de la clause d'exclusivité que le Tribunal a parfaitement répondu à l'argumentation de la société CEFAB par des motifs que la Cour adopte ; que la Cour souligne en ce qui concerne l'exclusivité que quelles que soient les circonstances ayant précédé l'ouverture du magasin de SARREGUEMINES, CEFAB n'a subi aucun préjudice du fait de cette ouverture qui n'a pas eu lieu au cour de l'exécution du contrat ;

Considérant sur le budget de mise à l'enseigne que CEFAB déclare qu'ATAC aurait dû lui verser 760 000 € ; qu'elle ne lui en a versé que 380 000 € , soit la moitié, avec plusieurs mois de retard et jamais le solde ; qu'elle conteste que le versement de la somme ait été lié à la fourniture d'une caution bancaire ;

Mais considérant que le contrat de franchise stipule en son article 1.7.1 que les subventions de mise à l'enseigne...seront versées...1/3 en fin de premier mois d'exploitation, ceci sous la condition suspensive de la régularisation de la caution bancaire prévue à l'article 6 des conditions générales' ; que l'article 6 des conditions générales intitulé garanties , est quelque peu obscur quant à l assiette servant au calcul de la caution bancaire mais renvoie à l'article 6 des conditions particulières qui stipule clairement, en se référant lui même à l'article 6 des conditions générales que la caution bancaire régularisée par le franchisé et dont un acte est communiqué en original au franchiseur porte sur un montant de 760 000 € ; qu il résulte de la combinaison de ces stipulations que la volonté des parties était de subordonner le versement de la somme de 760 000 € à la fourniture de la caution bancaire ; qu'il est constant que celle ci n'a jamais été fournie ; que s'y sont substitués, après négociation, le nantissement du fonds de commerce et la caution personnelle de M. et Mme L. ; que le retard dans le versement de 380 000 € HT n'est dès lors pas imputalbe à faute à ATAC ;

Considérant que les cautionnements de M. L. et Mme L. très clairs dans leurs rédactions et comprenant les mentions manuscrites obligatoires sont tout à fait valables ; que rien ne lasse supposer ni même ne rend vraisemblable que M. et Mme L., le premier étant un homme d'affaires avisé, ait méconnu la portée de leur engagement ;

Mais considérant que le montant en était de 760 000 € ; qu'ATAC a accepté que ce double engagement, complété par le nantissement du fonds de commerce, se substitue à la caution bancaire ; qu'elle a admis que ce triple engagement y était équivalent ; que dès lors elle n'avait aucun droit de limiter à la moitié des 760 000 € HT expressément garantis les versements au titre du budget de mise à l'enseigne ; qu'ATAC doit paiement de cette somme ; qu'en tous cas, cette faute a entraîné nécessairement pour la société CEFAB des difficultés économiques, une perte de chance de mieux rentabiliser son entreprise et de payer ses dettes à ATAC, préjudice que la Cour évalue au montant des sommes indûment retenues incluant taxes et intérêts ; q u'il s'ensuit qu'après compensation entre sommes dues par ATAC à CEFAB à ce titre et l'obligation par CEFAB de rembourser, en application de l'article 13-1 du contrat les

participations de mise à l'enseigne, la Cour infirmera le jugement en ce qu'il a prononcé une condamnation à l'encontre de CEFAB et de ses cautions à titre de remboursement de la moitié du budget d'ouverture ;

Considérant sur les fautes de la société CEFAB que le paiement des factures est une obligation essentielle du contrat ; que quelles qu'aient été les manquements, réels ou supposés, d'ATAC, CEFAB ne pouvait s'abstenir de payer les factures ; qu'ATAC fait valoir que les impayés se sont accumulés au cours des derniers mois d'exécution des contrats ; que les factures, produites au débat ne sont pas contestées de manière précise, circonstanciée et chiffrée et donc sérieuse ; que la Cour confirmera la condamnation au titre des factures, le principal étant toutefois assorti des intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 28 novembre 2005 en ce qui concerne la société CEFAB du 23 décembre 2005 en ce qui concerne les cautions ; qu'il n'y a aucune raison d'ordonner le remboursement de la somme payée en exécution de l'ordonnance de référé du 21 novembre 2005 ;

Considérant sur la clause pénale que le Tribunal a justement constaté son caractère excessif; que la somme réclamée par ATAC est sans commune mesure avec son préjudice ; qu'au surplus, elle a participé à celui ci en rendant l'exploitation du fonds de commerce de CEFAB plus difficile en s'abstenant de manière fautive de verser 380 000 € HT dus à CEFAB au titre du budget d'ouverture ; qu'il convient de réduire à 10 000 € le montant de l'indemnité due au titre de la clause pénale ;

Considérant que la Cour se réfère pour le surplus, aux motifs non contraires du Tribunal, excluant toutefois expressément le motif hypothétique et dubitatif selon lequel il n est pas interdit de penser que la genèse (des accusations de CEFAB) réside dans le refus opposé par ATAC à M. L. d'acheter son fonds de commerce'.

Considérant sur les frais irrépétibles et les dépens que chaque partie triomphant et succombant partiellement devant la Cour, il est équitable de laisser à chacune d'elles la charge des frais irrépétibles et dépens d'appel qu'elles ont engagés ;

PAR CES MOTIFS

Confirme le jugement entrepris, sauf en ce qu'il a prononcé la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs de la société CEFAB, en ce qu il a prononcé une condamnation au titre du remboursement du budget d'ouverture, sur le montant de l'indemnité au titre de la clause pénale et le point de départ des intérêts dont est assorti le principal de la condamnation au titre des factures.
Dit que ces intérêts courent à compter du 28 novembre 2005 pour la société CEFAB, de l'assignation du 23 décembre 2005 pour les cautions.
Dit que la résiliation est aux torts réciproques des parties.
Réduit à 10 000 € le montant de l'indemnité au titre de la clause pénale.
Déboute les parties de leurs autres demandes.
d'elles la charge des dépens d'appel qu'elles ont engagés.

Cass. Com., 28 sept. 2010

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 23 octobre 2007, pourvois n° 06-10.180 et 06-10.179), que, le 8 mars 1994, la société Prodim (le franchiseur) a conclu avec les époux X... (les franchisés) un contrat de franchise d'une durée de sept ans, pour l'exploitation d'un fonds de commerce sous l'enseigne "Shopi" ; que ce contrat comportait une clause compromissoire, ainsi qu'une clause par laquelle les franchisés s'engageaient, en cas de rupture anticipée du contrat, à ne pas utiliser, pendant une période d'un an à compter de sa résiliation, une enseigne de renommée nationale ou régionale, déposée ou non, et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à ces enseignes dans un rayon de cinq kilomètres du magasin ; qu'avant l'arrivée du terme, les franchisés ont procédé à la rupture unilatérale du contrat ; que, par une sentence du 17 juillet 2002, le tribunal arbitral a déclaré cette rupture abusive et condamné les franchisés à payer diverses sommes au franchiseur ; que, par un arrêt irrévocable du 26 février 2004, la cour d'appel a partiellement annulé cette sentence, ordonné la réouverture des débats sur les points annulés, invité les parties à conclure sur ces points, renvoyé l'affaire à la mise en état et ordonné pour le surplus l'exequatur de cette décision ; que, par un arrêt du 19 mai 2005, la cour d'appel a annulé l'ordonnance de clôture du conseiller de la mise en état en date du 24 janvier 2005 et rouvert les débats sur les points annulés ; que cet arrêt a été cassé ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le franchiseur fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté l'ensemble de ses demandes, alors, selon le moyen, que les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune des prétentions est fondée ; que les parties doivent reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment invoqués ou présentés dans leurs conclusions antérieures ; qu'à défaut, elles sont réputées les avoir abandonnées et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées ; qu'à défaut de conclusions de la part d'une partie, la cour n'est pas saisie d'un moyen de sa part, sans que cette situation, due au seul fait de la partie négligente, puisse être regardée comme un manquement à un procès équitable ; qu'en l'espèce, l'arrêt du 19 mai 2005 (le deuxième arrêt) a partiellement annulé la sentence arbitrale rendue le 10 juin 2002 entre les parties et, sur trois points annulés, a rouvert les débats et invité les parties à conclure; que les franchisés n'ont pas conclu avant l'ordonnance de clôture du 24 janvier 2005 ; que la cour n'était donc saisie d'aucune conclusion de leur part de ce chef ; qu'en décidant pourtant de se prononcer au regard des conclusions déposées par les franchisés le 23 novembre 2003, c'est-à-dire avant la réouverture des débats, et avant même que l'arrêt infirmatif du 19 mai 2005 fût seulement rendu, la cour a violé l'article 954 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'absence de conclusions d'une partie en réponse à l'invitation du juge à s'expliquer sur certains points étant sans incidence sur la portée de celles régulièrement déposées avant la réouverture des débats, dont celui-ci demeure saisi, c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir constaté l'irrecevabilité des conclusions qui avaient été déposées par les franchisés postérieurement à l'ordonnance de clôture du 24 janvier 2005, laquelle avait repris ses effets en raison de la cassation de l'arrêt du 19 mai 2005, a décidé de statuer au vu de leurs dernières conclusions déposées avant la réouverture des débats ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau ;

Attendu que, pour rejeter la demande du franchiseur concernant la violation par les franchisés de la clause de non-réaffiliation, l'arrêt retient que cette clause, figurant à l'article 6, alinéa 6, du contrat de franchise, doit s'analyser comme une clause de non-concurrence, en ce qu'elle restreint la possibilité de l'ancien franchisé de poursuivre son activité dans les mêmes conditions avec une enseigne concurrente ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de la société Prodim en indemnisation de son préjudice résultant de la violation de la clause de non-réaffiliation, l'arrêt rendu le 15 janvier 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen ;

Condamne les époux X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit septembre deux mille dix.

Cass. Com., 23 octobre 2012

N° de pourvoi: 11-25175, Publié au bulletin
Sur le troisième moyen :
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 22 septembre 2011), que la société LNP a confié la distribution de ses produits à la société Comaip, devenue par la suite la société Arnaud ; que le 1er mars 2006, la société GE plastics, venant aux droits de la société LNP, a notifié à la société Arnaud la fin de leur relation commerciale avec un préavis de neuf mois, confiant ensuite la distribution de ses produits à la société Gazechim plastiques ; qu'estimant ce préavis insuffisant et invoquant un enrichissement sans cause pour avoir été dépossédée de sa clientèle, la société Arnaud a assigné la société Sabic innovative plastics France, venant aux droits de la société GE plastics, ainsi que la société Gazechim plastiques, en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Azelis France, venant aux droits de la société Arnaud, fait grief à l'arrêt du rejet de ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que dans ses conclusions d'appel, la société Azelis France a expressément et précisément fait valoir qu'elle avait irémédiablement perdu, entre 2005 et 2008, 204 clients sur 252 auxquels elle distribuait des produits spéciaux Sabic, et que ces clients avaient été automatiquement récupérés par les sociétés GE plastics, devenue Sabic innovative plastics France, et Gazechim plastiques ;
qu'en affirmant au contraire que la société Azelis France ne décrivait aucun mouvement de clients pour attester de la perte de son fonds de commerce, la cour d'appel a dénaturé les conclusions dont elle était saisie en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ que tout distributeur qui se voit irrémédiablement dépossédé de tout ou partie de sa clientèle au profit de son fournisseur à la suite de la rupture de son contrat de distribution doit être indemnisé de la perte de son fonds de commerce sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; qu'en affirmant que la société Sabic innovative plastics France ne s'était pas appropriée la clientèle de la société Azelis France tout en constatant qu'elle avait informé les clients de la société Azelis France de ce que la distribution de ses produits était désormais confiée à la société Gazechim plastiques ou encore que l'intervention du fabricant était nécessaire à tous les stades du processus de vente des "compounds" spéciaux, ce qui démontrait que la clientèle de ce secteur n'était pas attachée à la personne du distributeur mais au savoir-faire du fabricant, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1371 du code civil, ensemble les principes qui régissent l'enrichissement sans cause ;

Mais attendu que les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties ; que le moyen, qui soutient une thèse contraire, ne peut être accueilli ;

Et attendu que les premier, deuxième, quatrième et cinquième moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Quelques articles de doctrine cités dans la plaquette de TD

N. FERRIER et L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau », *RTD civ.* 2011, p. 225 et s.

1. La distribution s'organise souvent sur la base de réseaux composés de distributeurs sélectionnés et placés dans des situations similaires (1). Le promoteur du réseau réserve la vente ou la revente de ses produits aux seuls distributeurs qu'il a sélectionnés, lesquels ne peuvent vendre ou revendre les produits qu'à des consommateurs ou d'autres membres du réseau. L'économie du réseau repose sur un rapport d'exclusivité puisque les membres du réseau, promoteur et distributeurs sélectionnés, ne peuvent approvisionner les distributeurs non sélectionnés, considérés comme tiers au réseau. En outre, chaque membre du réseau se voit souvent attribuer une exclusivité « pour lui permettre d'optimiser ses efforts voire rentabiliser ses investissements » (2). Une telle exclusivité est depuis longtemps présentée comme caractéristique des réseaux de distribution (3) et les obligations d'exclusivité sur lesquelles elle repose comme fondamentales (4).

2. Se pose alors la question de la portée du rapport d'exclusivité à l'égard des distributeurs non agréés (5). Ces derniers peuvent-ils revendre les produits du promoteur qu'ils parviennent à se procurer ? Cette revente, dite parallèle ou hors réseau, est-elle licite ? Autrement dit, dans quelle mesure les tiers doivent-ils respecter un réseau de distribution ?

Ces interrogations, qui connaissent un regain d'actualité avec le développement de la vente par internet (6), renvoient à la question de l'opposabilité du réseau de distribution aux tiers. Plus précisément, le réseau se ramenant à la somme ou au produit des contrats qui le composent (7), la question revient à se demander si les contrats conclus avec les distributeurs agréés peuvent être opposés au distributeur non sélectionné afin de lui interdire toute revente. Envisagé en termes d'opposabilité, le traitement juridique de la distribution parallèle a évolué.

3. La solution initialement retenue était particulièrement protectrice des réseaux de distribution. Dès lors que le réseau est licite et connu, le distributeur parallèle était sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle, au titre de la concurrence déloyale (8).

La solution s'imposait d'abord à l'encontre de celui qui achetait les produits auprès d'un distributeur sélectionné et participait ainsi à la violation délibérée par ce dernier de son obligation de ne pas revendre hors réseau. Le distributeur parallèle était alors sanctionné au titre de la tierce complicité, le distributeur sélectionné étant lui-même considéré comme l'auteur principal de la violation de l'obligation d'exclusivité.

La solution s'imposait plus largement en l'absence de tierce complicité car les juges considéraient qu'en revendant les produits du réseau en toute connaissance de cause, le distributeur parallèle violait consciemment le droit d'autrui (9).

Pour certains auteurs, cette première orientation jurisprudentielle posait le principe d'une opposabilité « absolue » du réseau, c'est-à-dire des contrats qui le composent (10).

4. Par un renversement de perspective, les juges se montrèrent par la suite plus favorables aux distributeurs parallèles (11). Si la sanction de la participation à la violation par le distributeur sélectionné de son obligation de ne pas revendre hors réseau est maintenue (12) et se trouve même consacrée par le législateur (13), le seul fait d'acquérir les produits sur un marché parallèle et de les commercialiser en dehors du réseau ne constitue plus en lui-même une faute, celle-ci résultant seulement de circonstances particulières. Cependant, si, dans un premier temps, il appartenait au promoteur du réseau de démontrer, outre la licéité du réseau sans laquelle les contrats qui le composent sont illicites et, partant inopposables aux tiers, les circonstances particulières établissant la faute du distributeur parallèle, les juges ont fait preuve, dans un second temps, d'une sévérité plus grande à l'égard de ce dernier. Désormais, le refus de justifier la provenance des produits présume l'illicéité de l'approvisionnement et, partant, établit l'atteinte illicite au réseau (14).

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle s'expliquerait, selon certains, par l'inopposabilité du réseau aux tiers (15) et, selon d'autres, par l'absence d'atteinte au réseau par le distributeur parallèle (16).

En l'état actuel de la jurisprudence, un tiers au réseau de distribution est seulement tenu de ne pas s'associer à la violation du réseau par l'un de ses membres pour son approvisionnement, la revente parallèle, jugée en elle-même non fautive, étant donc admise. Si l'on traduit ces solutions au regard du principe d'opposabilité, il apparaît que le devoir d'inviolabilité auquel est tenu le distributeur parallèle en sa qualité de tiers au réseau lui interdit principalement de participer à la violation des obligations contractuelles des membres du réseau. Or, cela revient à doter le devoir d'inviolabilité d'un contenu plus étroit qu'en droit commun.

5. Lorsqu'il s'agit d'apprécier le contenu du devoir d'inviolabilité qui lie les tiers au contrat, il est le plus souvent fait référence aux hypothèses de tierce complicité où le tiers conclut avec l'une des parties une convention dont l'effet est de compromettre l'exécution du contrat. Pourtant, la notion même de tierce complicité repose sur un abus de langage. Elle laisse croire que le tiers ne voit sa responsabilité engagée qu'en raison de sa participation à la faute du débiteur. Une telle analyse occulte le fait que le tiers est tenu d'un devoir d'inviolabilité qui lui incombe personnellement, indépendamment des obligations auxquelles se trouve tenu le débiteur. Comme l'a démontré Duclos dans son étude générale de l'opposabilité : « il importe peu [...] que le débiteur ait lui-même transgressé ou scrupuleusement respecté son propre engagement. Affirmer le contraire serait minimiser dans cette matière le rôle de l'opposabilité du droit personnel, pour ne voir dans la responsabilité du tiers qu'une conséquence de sa prétendue « complicité » avec le débiteur. Si la personne tierce est fautive, c'est qu'elle doit s'abstenir de toute entrave aux créances d'autrui du fait de leur opposabilité » (17). Aussi, la responsabilité du tiers au contrat peut être recherchée dans des hypothèses où le débiteur n'a commis aucune faute contractuelle. Cette solution est retenue par la jurisprudence en droit commun des obligations (18) et reçoit l'approbation de la doctrine (19). Tenu de ne pas conclure avec le débiteur un engagement qui compromettrait l'exécution du contrat, le tiers est plus largement tenu de ne pas porter atteinte par ses agissements à l'utilité du contrat pour les parties.

Les solutions de la jurisprudence en droit de la distribution semblent donc s'éloigner des principes ainsi retenus en droit commun. En effet, en l'absence d'approvisionnement irrégulier auprès d'un membre du réseau, la distribution parallèle n'est pas sanctionnée en elle-même. Si l'hypothèse d'un approvisionnement irrégulier appelle nécessairement une sanction puisqu'il s'agit d'un cas de tierce complicité, et plus largement d'une fraude (20), il devrait *a priori* en aller de même lorsque le tiers distributeur, par une revente parallèle, porte atteinte à l'utilité du réseau de distribution. Même s'il parvient à se fournir de façon régulière, il n'en demeure pas moins que, du fait de sa distribution parallèle, le réseau est moins utile, moins efficace pour les parties. Pourtant, la jurisprudence refuse de sanctionner en elle-même cette atteinte à l'utilité du réseau, jugeant que la revente parallèle n'est pas, sauf circonstances particulières liées aux modalités de revente, constitutive d'une faute.

6. Loin de porter atteinte au principe d'opposabilité, impliquant alors la remise en cause d'une jurisprudence aujourd'hui bien établie, les solutions dégagées dans le cadre du contentieux de la distribution parallèle permettent de préciser, de façon plus générale, la portée du principe d'opposabilité. Si comme tout contrat, le contrat de distribution s'intègre dans l'ordonnancement juridique et, à ce titre, produit des effets à l'égard des tiers, les tiers sont eux-mêmes titulaires de droits opposables qui, dans ce contexte sont spécialement protégés notamment au titre de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté de concurrence. Aussi, le principe tiré du droit commun selon lequel les parties ne peuvent aller jusqu'à méconnaître les droits opposables des tiers (21) prend ici une dimension particulière : les parties au réseau ne peuvent aller jusqu'à méconnaître la liberté du commerce et de l'industrie des tiers. Ainsi, comme en droit commun, mais de façon plus manifeste dans un contexte de libre commerce et de libre concurrence, l'opposabilité du contrat a pour limite les droits opposables des tiers. Le contentieux de la distribution parallèle conduit alors à un arbitrage entre plusieurs intérêts : ceux des parties au réseau, qui justifient un devoir d'inviolabilité à la charge des tiers, et ceux des tiers au réseau, qui justifient que leur devoir d'inviolabilité n'aille pas jusqu'à leur imposer une atteinte à leurs propres droits. Cet arbitrage se fait en principe en faveur des tiers au réseau, puisqu'ils sont seulement tenus de ne pas s'approvisionner auprès d'un membre du réseau. Toutefois, la licéité de la revente parallèle n'est admise qu'en l'absence de circonstances particulières. La jurisprudence réserve ainsi classiquement le cas de reventes parallèles réalisées par des manoeuvres illicites. De façon plus originale, des solutions récentes sanctionnent également le distributeur parallèle en raison de son mode de revente, réalisée exclusivement par le biais d'internet. Dans ces différentes situations, l'intérêt des distributeurs parallèles n'est plus préféré à celui des membres du réseau.

En définitive, les solutions de la jurisprudence font apparaître la recherche d'un équilibre, dont on peut discuter le résultat, en ce qu'elles posent le principe de licéité de la distribution parallèle régulièrement approvisionnée tout en réservant la possibilité d'une illicéité de la distribution parallèle tirée des modalités de la revente.

La licéité de principe de la revente parallèle régulièrement approvisionnée

7. Les études du principe d'opposabilité ont permis de préciser les effets du contrat à l'égard des tiers. Il est admis que l'opposabilité d'un contrat fait peser sur les tiers une obligation de respecter la situation née du contrat, ce qui se traduit par une obligation de ne pas faire (22) ou encore une obligation passive (23) et correspond au « devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir

éventuellement d'y porter atteinte »(24). Le plus souvent, il est retenu que l'opposabilité du contrat met à la charge des tiers un devoir d'inviolabilité(25). Ce devoir d'inviolabilité conduit à une limitation de la liberté contractuelle des tiers puisqu'ils sont tenus de ne pas porter atteinte à la situation contractuelle en s'associant à la violation contractuelle d'une partie au contrat ou même en agissant de telle sorte que l'utilité du contrat soit compromise pour les parties.

8. En droit de la distribution, l'opposabilité des contrats constitutifs d'un réseau de distribution ne limite pas autant les droits des tiers. Certes, les cas de tierce complicité, qui se traduisent ici par un approvisionnement irrégulier auprès d'un membre du réseau, sont classiquement sanctionnés. Mais, en ce domaine, le devoir d'inviolabilité se limite, sauf circonstances particulières, à ce contenu *a minima*. Dès lors en effet que le tiers s'est régulièrement approvisionné, la jurisprudence retient que la revente ne constitue pas en elle-même une faute. Pourtant, nul doute que cette revente porte atteinte à l'utilité des contrats constitutifs du réseau. Mais une telle atteinte présente dans ce contexte un caractère indifférent.

La sanction au titre de la tierce complicité de l'approvisionnement irrégulier

9. Lorsqu'un distributeur hors réseau se fournit auprès d'un distributeur lié par l'exclusivité ou la sélection fondant le réseau, l'approvisionnement est déclaré irrégulier et la distribution parallèle jugée illicite par la jurisprudence. La sanction de la distribution parallèle dans ce cas se fonde sur la violation par le distributeur parallèle de son devoir d'inviolabilité des contrats constitutifs du réseau. Pour être sanctionnée, une telle faute suppose la réunion de deux éléments : un élément intentionnel, à savoir la connaissance du réseau par le tiers distributeur, et un élément matériel, à savoir la participation à la violation de ses obligations par l'un des membres du réseau.

La connaissance du réseau par le distributeur parallèle

10. L'existence d'un devoir d'inviolabilité du contrat à la charge des tiers au titre de son opposabilité a pu être déniée au nom de la nécessaire protection des tiers au contrat(26). Il a ainsi été avancé qu'il importe de concilier l'intérêt des tiers et celui des parties. Or, tel est bien le cas si l'on prend garde à ne pas confondre le principe d'opposabilité et son efficience : lorsqu'il est avancé que tous les éléments de l'ordre juridique sont opposables aux tiers, il ne s'agit là que d'une opposabilité de principe, nécessairement distincte de sa mise en oeuvre(27). La responsabilité d'un tiers ne peut ainsi être recherchée que s'il est établi que le contrat, ou plus largement le droit d'autrui, lui était effectivement opposable. En effet, « comme les tiers, par définition, se situent en dehors des événements juridiques opposables, ils risquent d'ignorer leur existence au moment d'agir. Aussi, conçoit-on aisément que la mise en oeuvre de l'opposabilité soit généralement subordonnée au moins à leur connaissance possible par le tiers »(28). La connaissance de l'élément opposable est donc une condition de la mise en oeuvre de l'opposabilité et garantit le respect des droits des tiers(29). Ainsi, les tiers ne peuvent valablement se voir reprocher l'atteinte à un droit qu'ils ignoraient, ce qui garantit la sécurité des relations juridiques. Les conditions de mise en oeuvre de l'opposabilité, parmi lesquelles figure la connaissance du contrat, sont donc bien respectueuses de l'intérêt des tiers(30).

11. L'application de ces règles d'efficience de l'opposabilité au droit de la distribution conduit à poser comme condition de la responsabilité du distributeur parallèle sa connaissance du réseau auquel la revente parallèle peut porter atteinte. Le contenu de l'article L. 442-6, I, 6° du code de commerce, qui sanctionne la tierce complicité en cas de distribution parallèle, pourrait *a priori* faire douter de cette condition dans ce contentieux. Le texte vise le fait « de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ». La connaissance du réseau ou la conscience de l'atteinte au réseau ne figurent pas dans les conditions requises par ce texte. Néanmoins les juges exigent en pratique la preuve de la connaissance par le revendeur de l'interdiction (31), ce qui est conforme au principe d'opposabilité.

12. La connaissance du réseau suffit-elle à établir l'élément moral de la faute du distributeur parallèle ? Pour que tel soit le cas, il importe que la connaissance du réseau, et donc des contrats qui le constituent, corresponde à la conscience par le distributeur parallèle du préjudice qu'il cause aux membres du réseau, soit en compromettant l'exécution de leurs obligations, soit en portant atteinte à l'utilité des contrats du réseau, à leur but (32). Or, il paraît évident que le distributeur parallèle qui connaît l'existence des contrats constitutifs du réseau ne peut ignorer que sa revente parallèle est nuisible aux membres du réseau (33).

13. S'agissant de la charge de la preuve, c'est logiquement au demandeur, en l'occurrence celui qui conteste la distribution parallèle, de prouver que le revendeur connaissait l'existence du réseau c'est-à-dire des contrats qui le constituent (34). En droit de la distribution, comme en droit commun (35), la preuve de la connaissance du contrat peut être directe, supposant d'établir la connaissance effective du contrat par le tiers, ou résulter de présomptions, lorsque le tiers ne pouvait pas ne pas connaître le contrat. Ainsi, la preuve d'une connaissance effective peut résulter de la notification aux tiers de l'exclusivité contractuelle dont bénéficient les membres du réseau (36). La notoriété du réseau permettra par ailleurs de présumer sa connaissance par le tiers (37), à qui il appartient alors de démontrer qu'il ignorait l'existence des contrats de distribution constitutifs du réseau (38). Au demeurant, on pourrait considérer que le simple fait de s'adresser à un distributeur sélectionné plutôt qu'au promoteur du réseau fait douter de la bonne foi du tiers, tant il paraît plus naturel de s'approvisionner directement auprès du fournisseur plutôt que d'un simple revendeur.

Pour que sa responsabilité soit engagée au titre de la tierce complicité, le distributeur parallèle doit non seulement avoir eu connaissance du réseau, mais avoir également participé à la violation de l'obligation d'un membre du réseau.

La participation à la violation d'une obligation d'un membre du réseau

14. L'opposabilité du contrat, qui suppose que les tiers n'y portent pas atteinte, est le corollaire indispensable de la force obligatoire du contrat. Le principe posé par l'article 1134 alinéa 1 du code civil serait en effet remis en cause si les tiers pouvaient ignorer le caractère obligatoire de l'engagement contractuel (39). L'efficacité de cette force obligatoire légalement attribuée au contrat n'est pleine et entière que si les tiers sont également tenus de respecter la situation juridique née du contrat. « L'opposabilité est

[alors] un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers, car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître, il ne pourrait pratiquement pas atteindre l'efficacité, même entre les parties » (40). Ce lien entre la force obligatoire du contrat et l'opposabilité dicte le contenu minimum du devoir d'inviolabilité : le tiers ne doit pas participer à la violation de son obligation par le débiteur du contrat. Il lui est ainsi interdit de créer un lien de droit concurrent avec l'une des parties au contrat au mépris des engagements de cette dernière (41). Sous cet aspect, l'opposabilité constitue le fondement de la responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation contractuelle d'autrui qui connaît de nombreuses applications en droit de la distribution. Les réseaux de distribution se caractérisant par un rapport d'exclusivité, leur atteinte peut affecter plus particulièrement l'exécution de deux types d'obligations.

15. Peut, d'abord, se trouver affectée l'obligation d'exclusivité qui interdit à chaque distributeur sélectionné de revendre à des distributeurs non sélectionnés.

L'atteinte à cette obligation est expressément envisagée à l'article L. 442-6-I, 6° du code de commerce (42). Le domaine du texte est certes limité puisqu'il suppose un accord de distribution ne tombant pas sous le coup du droit de la concurrence ou bénéficiant d'une exemption. Autrement dit, l'accord en cause doit être suffisamment important pour affecter la concurrence sur le marché. La solution doit toutefois être généralisée à l'ensemble des contrats de distribution car elle n'est que la traduction d'une règle de portée générale : le devoir d'inviolabilité qui interdit de porter atteinte à l'exécution d'un contrat.

Selon le texte, l'atteinte à l'obligation d'exclusivité peut être directe ou indirecte, ce qui rend inutile ici la recherche du critère de distinction entre la causalité directe et indirecte.

L'atteinte directe correspond à l'hypothèse classique d'un distributeur parallèle qui se fournit personnellement auprès d'un membre du réseau. La violation de l'exclusivité résulte directement de l'action du distributeur non sélectionné, tiers au réseau (43).

A l'inverse, l'atteinte est indirecte lorsqu'elle ne résulte pas de la seule action de son auteur. Se trouve notamment visé celui qui ne commercialise pas personnellement les produits concernés par l'exclusivité, mais favorise délibérément la commercialisation par un autre distributeur non sélectionné, contribuant ainsi à la violation par ce dernier de l'obligation d'exclusivité. Le développement de l'internet et des sites d'enchères en ligne est de nature à en fournir des illustrations (44).

16. Peut, ensuite, se trouver affectée l'obligation d'exclusivité qui interdit au promoteur du réseau de fournir des tiers non sélectionnés et lui impose de tout mettre en oeuvre pour assurer l'étanchéité de son réseau (45). Là encore, l'atteinte est susceptible d'être directe ou indirecte et peut se présenter dans les mêmes termes qu'évoqués précédemment.

17. Si le fait de s'approvisionner auprès d'un membre du réseau rend cet approvisionnement irrégulier, la jurisprudence retient la même solution lorsque le distributeur parallèle refuse d'indiquer la source de son approvisionnement. Cette solution s'explique par une présomption d'irrégularité de l'approvisionnement dans la mesure où on voit mal pourquoi, en cas d'approvisionnement régulier, le distributeur

parallèle se priverait d'un tel moyen de défense. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu retenir que « si le fait de commercialiser des produits relevant d'un réseau de distribution sélective ne constitue pas en lui-même un acte fautif, l'achat de marchandises, dans des conditions dont l'illicéité ou le caractère frauduleux est révélé par le refus de justifier leur provenance, constitue en lui-même un acte de concurrence déloyale » (46). On relèvera la référence des juges à l'illicéité ou au caractère frauduleux des conditions de l'achat des marchandises.

18. L'ensemble des solutions évoquées peut s'analyser comme autant d'applications de la tierce complicité. Un arrêt permet de préciser cette notion de complicité. Lorsqu'il conclut un contrat avec un débiteur au mépris des obligations contractuelles de ce dernier, le tiers se rend bien complice d'une faute contractuelle. Pour autant, la mauvaise foi du débiteur contractuel est-elle une condition de la tierce complicité ? Autrement dit, faut-il que le débiteur ait conscience de se soustraire à ses obligations pour que puisse être recherchée la responsabilité du tiers ? Une réponse négative résulte de la jurisprudence qui retient la responsabilité du distributeur parallèle qui s'est fourni auprès d'un membre du réseau en lui dissimulant son identité sous l'apparence d'une société de façade (47). En ce cas, les juges retiennent que l'approvisionnement est irrégulier. Certes, un membre du réseau n'a pas sciemment manqué à ses obligations contractuelles puisqu'il ignorait la qualité de distributeur hors réseau de son contractant. Cependant, le manquement contractuel existe dans la mesure où l'obligation d'exclusivité, obligation de ne pas faire, est nécessairement une obligation de résultat dont la violation constitue un manquement, même s'il n'est pas pour autant la source d'une responsabilité pour le débiteur (48). La responsabilité du tiers ne se limite donc pas aux hypothèses d'une fraude avec un membre du réseau, laquelle supposerait une commune mauvaise foi. Ce qui importe, c'est que l'approvisionnement résulte d'une violation des obligations nées du réseau, et que la mauvaise foi du distributeur parallèle ne fasse aucun doute, ce qui est le cas s'il a connaissance du réseau (49).

19. Une dernière hypothèse, illustrée par la jurisprudence, retient enfin l'attention en ce qu'elle semble s'éloigner des cas ordinaires de tierce complicité. En l'espèce (50), le distributeur et le promoteur des produits Levi's en France agissaient contre la société Auchan, dont plusieurs magasins revendaient des produits de la marque sans être sélectionnés. La particularité de l'espèce tient au fait que le réseau de distribution Levi's était organisé dans chaque pays de l'Union européenne par des sociétés filiales de la société Levi's, parmi lesquelles figurait le distributeur demandeur. La société Auchan s'était approvisionnée auprès d'un fournisseur dépendant d'une filiale étrangère. Son argument reposait alors sur le fait que l'approvisionnement ne s'était pas réalisé au moyen d'une violation des contrats auxquels était partie le demandeur. Pour autant, la société Auchan n'était sélectionnée, ni dans le réseau français, ni dans le réseau étranger auprès duquel elle s'était fournie. En conséquence, son approvisionnement résultait bien de la violation d'un engagement contractuel de ne pas vendre à un distributeur non sélectionné, même si celui ayant manqué à un tel engagement n'était pas le contractant du demandeur. La Cour de cassation retient la responsabilité de la société Auchan dont elle juge l'approvisionnement illicite. Elle retient que « l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle ». Elle en déduit que le promoteur du réseau français pouvait invoquer le préjudice né de la concurrence déloyale résultant de la vente parallèle

dont l'approvisionnement est illicite. On retiendra qu'en l'espèce, le principe d'opposabilité assure la protection des parties au réseau à deux égards. En premier lieu, le promoteur du réseau français est autorisé à opposer au distributeur parallèle un contrat auquel il est également tiers, à savoir le contrat qui fonde le réseau étranger, ce qui lui permet de se prévaloir de la situation contractuelle née du réseau étranger afin d'établir la faute du revendeur parallèle. Le promoteur peut ainsi reprocher la violation de l'exclusivité à laquelle était tenu le fournisseur étranger et à laquelle s'est associé le distributeur parallèle en s'approvisionnant par ce biais. En cela, l'illicéité de l'approvisionnement est établie. En second lieu, le promoteur français oppose son propre contrat, et plus largement son propre réseau, au distributeur parallèle pour établir son préjudice. On notera que si, techniquement, le distributeur parallèle ne s'est pas fourni auprès d'un membre du réseau du demandeur, il n'en demeure pas moins que le fournisseur dont l'obligation a été inexécutée est un tiers bien particulier puisqu'il a été sélectionné par une société soeur du demandeur. Le demandeur et le créancier de l'obligation méconnue avaient donc le même intérêt : celui du groupe Levi's. Or, cet intérêt commun reposait sur la commercialisation des produits par les seuls distributeurs que chacune des filiales implantées dans les Etats membres de l'Union européenne a sélectionnés.

20. Hors ce contexte particulier, l'approvisionnement de produits dépendant d'un réseau de distribution n'est pas nécessairement irrégulier. Notamment, tel n'est pas le cas lorsque le distributeur hors réseau s'est fourni sur un territoire non couvert par une concession exclusive ou dans lequel la distribution sélective est absente. En revendant sur un territoire couvert par l'exclusivité, il n'empêche pas les membres du réseau d'exécuter leurs obligations d'exclusivité (51). Il n'en demeure pas moins que cette revente rend le réseau moins efficace. Le distributeur parallèle affecte ainsi l'utilité du contrat, ce qui pour la jurisprudence, ne suffit toutefois pas à engager sa responsabilité.

Le caractère indifférent des atteintes à l'utilité du réseau en cas d'approvisionnement régulier

21. La jurisprudence retient la licéité des distributions parallèles régulièrement approvisionnées (52). Ces solutions sont parfois approuvées au motif que les distributions parallèles, dès lors qu'elles sont régulièrement approvisionnées, ne portent pas atteinte aux contrats constitutifs du réseau. Cette analyse peine à emporter la conviction dans la mesure où l'exclusivité ou la sélection sur laquelle est fondé le réseau est certainement compromise par les distributions parallèles. Cette atteinte avérée à l'utilité du réseau ne conduit pas pour autant à la critique des solutions jurisprudentielles. Les juges procèdent en effet à un arbitrage entre les intérêts des parties au réseau et les intérêts des tiers concurrents. La primauté de l'intérêt des tiers distributeurs légitime ainsi l'atteinte née des distributions parallèles.

L'atteinte avérée à l'utilité du réseau

22. Souvent présentée comme la source d'un devoir de ne pas participer à la violation de l'obligation contractuelle d'autrui, le devoir d'inviolabilité, fondé sur l'opposabilité du contrat aux tiers, a néanmoins un contenu plus large. Le tiers est tenu de respecter la situation contractuelle, ce qui suppose qu'il n'agisse pas de façon à en compromettre les effets. Il y a donc lieu de retenir la responsabilité du tiers lorsque son comportement porte

atteinte à l'utilité du contrat pour les parties. Ortolan avait déjà pu retenir que l'opposabilité se traduit par « la nécessité, pour tous, sans distinction, de laisser faire le sujet actif du droit, de lui laisser retirer le profit, l'utilité que son droit lui attribue, de n'y apporter aucun trouble, aucun obstacle. C'est une obligation générale de s'abstenir » (53). La jurisprudence attribue aujourd'hui une telle portée au principe d'opposabilité en sanctionnant sur ce fondement l'acte par lequel un tiers a compromis l'utilité du contrat pour les parties, comme le montre un arrêt du 17 octobre 2000 (54). En l'espèce, deux sociétés d'édition qui s'étaient fait consentir le droit exclusif d'édition d'un ouvrage de M. X. sur la vie de Lady D poursuivaient la société Prisma pour avoir, peu avant la diffusion du livre en France, publié dans l'une de ses revues un article contenant des informations indûment extraites de l'ouvrage. La Cour de cassation approuve la condamnation prononcée par les juges du fond en relevant que « l'article litigieux n'était pas le résultat d'investigations personnelles, mais la reprise d'informations contenues dans l'ouvrage, à paraître, de M. X... ; que les juges du second degré ont pu dès lors, faisant application du principe d'opposabilité des conventions aux tiers, retenir la faute de la société Prisma presse à l'égard des titulaires du droit d'édition de l'ouvrage, pour avoir divulgué des informations puisées dans un ouvrage que les éditeurs s'apprêtaient à diffuser, privant ainsi cette publication d'une partie de son originalité et de son intérêt ». En l'espèce, la société Prisma ne s'était pas procuré les informations litigieuses auprès de l'auteur, débiteur de l'obligation d'exclusivité. Elle est néanmoins condamnée car, en dévoilant les informations en cause, elle a retiré une partie de son intérêt au contrat qui conférait à ces informations un caractère confidentiel et exclusif, causant ainsi un préjudice au contractant.

23. Ce devoir pour les tiers de respecter l'utilité du contrat ne se retrouve pas en droit de la distribution puisque la jurisprudence considère que la distribution parallèle n'est pas en elle-même constitutive d'une faute.

Ce rejet de la faute conduit en premier lieu à apprécier sa pertinence : est-il ainsi certain que la distribution parallèle n'est pas fautive au motif qu'elle ne porte pas atteinte, en cas d'approvisionnement régulier, aux obligations des parties ?

Un doute pourrait être émis si l'on admettait que le distributeur parallèle porte atteinte à l'obligation du promoteur de garantir l'exclusivité qu'il a accordée en assurant l'étanchéité de son réseau, la jurisprudence retenant qu'il appartient au fournisseur de faire respecter l'exclusivité qu'il a concédée (55). Cette question revient à se demander si le promoteur supporte une obligation de moyen ou de résultat. Dans le premier cas, il doit seulement prendre les mesures nécessaires pour empêcher la revente parallèle avant sa réalisation ou pour agir contre le distributeur hors réseau après qu'il ait revendu sur le territoire protégé (56). Dès lors, la distribution parallèle ne porte pas en elle-même atteinte à l'exécution des obligations du promoteur mais lui impose seulement d'agir au titre de son obligation en mettant en oeuvre tous les moyens dont il dispose pour que cessent les reventes parallèles. Dans le second, en revanche, la distribution parallèle affecte la bonne exécution de l'obligation du promoteur qui, par hypothèse, n'aura pas empêché la revente hors réseau (57). En présence d'une atteinte d'un tiers au réseau, la logique commande de retenir à la charge du promoteur une simple obligation de moyen (58).

24. S'il n'y a donc pas atteinte à l'exécution des obligations des parties, est-il pour autant

certain qu'il n'y a pas de faute du tiers ? Pour certains auteurs, cette corrélation entre l'absence de participation à l'inexécution contractuelle et l'absence de faute du tiers est évidente (59). Ainsi, du moment que le tiers n'entrave pas l'exécution de l'obligation de l'une des parties, il n'y a pas d'atteinte à l'efficacité du contrat, et donc il n'y a pas de faute (60). Ces analyses ne sont pas pleinement convaincantes, dans la mesure où il peut y avoir atteinte à l'utilité du contrat du fait du tiers sans que cette atteinte suppose nécessairement une tierce complicité. En effet, si la revente parallèle n'affecte pas nécessairement l'exécution des obligations d'un membre du réseau, elle porte généralement atteinte à l'utilité du réseau et, partant, des contrats qui le constituent, puisque cet intérêt consiste précisément à réserver aux distributeurs sélectionnés la commercialisation des produits du promoteur en contrepartie d'efforts commerciaux. Ce faisant, « le tiers va non seulement bénéficier de la notoriété et de la compétence des adhérents pour valoriser sa propre activité tout en leur laissant la charge des services liés à la vente des produits, mais il va aussi pratiquer des prix attractifs grâce à l'économie des coûts normaux de commercialisation. Son intervention n'empêche peut-être pas l'exécution des obligations nées du contrat constitutif du réseau mais elle peut ruiner l'intérêt même de ce contrat : quel intérêt à poursuivre une exécution dont le résultat sera essentiellement de servir les intérêts des tiers revendeurs ? » (61). « Pourquoi en effet un distributeur accepterait-il de s'astreindre aux contraintes très lourdes résultant des contrats de distribution s'il lui est possible, sans respecter ces contraintes, de s'approvisionner et de vendre les mêmes produits ? » (62).

25. L'atteinte à l'utilité du réseau par la distribution parallèle ne fait donc pas de doute. Comment en admettre alors la licéité ? Pour certains, la réponse tient au fait qu'en droit de la distribution, le principe serait celui d'une inopposabilité des contrats fondant le réseau. Titulaires d'un droit légitime de concurrence, les tiers seraient par là-même titulaires d'un droit de nuire au réseau. Ce n'est que par exception, correspondant aux cas de tierce complicité ou à des circonstances particulières, que le réseau serait opposable aux tiers et que ces derniers pourraient voir leur responsabilité engagée pour y avoir porté atteinte (63). Si cette analyse souligne à juste titre que les tiers sont titulaires de droits qu'il importe de prendre en compte, elle conduit toutefois à inverser le principe et l'exception : le principe ne peut être que celui d'une opposabilité d'un contrat aux tiers. Mais, les droits légitimes des tiers peuvent justifier une limite au contenu du devoir d'inviolabilité, au point qu'une atteinte au réseau ne soit pas fautive.

L'atteinte légitimée par l'intérêt du distributeur parallèle

26. Le principe d'opposabilité a souvent été étudié en matière contractuelle, où la doctrine a démontré qu'il s'agit d'un complément indispensable du principe de force obligatoire du contrat (64). La situation contractuelle s'impose donc au respect des tiers. Cette analyse ne présente toutefois que partiellement la portée du principe d'opposabilité. Attribut naturel des droits contractuels, l'opposabilité est plus largement l'attribut naturel de tout droit subjectif. Si l'opposabilité apparaît comme le complément nécessaire de la force obligatoire du contrat, c'est parce qu'il ne servirait à rien de poser le principe de ce caractère obligatoire si les tiers pouvaient l'ignorer. Or il en va plus généralement ainsi pour tous les droits subjectifs. Il ne sert en effet à rien de reconnaître à une personne un droit si les tiers sont autorisés à l'ignorer. Tout droit suppose autrui (65). Un auteur a ainsi souligné que « si les tiers ne sont pas tenus de respecter mon droit, je suis dans la situation équivalente à celle où je serais si je n'avais pas de droit. Tous les droits, quels

qu'ils soient, doivent être respectés par autrui » (66) et il en déduit que « tous les droits doivent être opposables aux tiers, sous peine d'être inexistants » (67). L'opposabilité est ainsi « le prolongement nécessaire de la notion de droit subjectif, [...] [puisque] l'affirmation d'une prérogative individuelle n'a de sens que par son opposabilité aux tiers » (68).

27. Dès lors, si les tiers doivent respecter la situation juridique contractuelle, leurs propres droits, opposables à autrui et donc aux parties contractantes, doivent de même être respectés. La conclusion d'un contrat donne ainsi lieu à une sorte de « conflit d'opposabilités » : le contrat fait naître une situation juridique qui s'impose au respect des tiers car elle leur est opposable. Mais ces tiers sont eux-mêmes titulaires de droits opposables à tous et donc aux parties contractantes. Le contrat, qui va s'intégrer à un ordre juridique préexistant, ne peut, ce faisant, méconnaître les droits des tiers. Si la situation juridique née de la convention s'impose au respect des tiers, ce ne peut donc être qu'à la condition de ne pas porter atteinte à leurs droits préexistants. « On ne voit pas en effet quelle raison fonderait le devoir des tiers de respecter un contrat qui serait la cause d'une atteinte illégitime à leurs intérêts » (69). Les parties doivent alors prendre en compte l'effet que leur contrat peut produire à l'égard des tiers et s'abstenir de nuire aux droits d'autrui. L'opposabilité des droits des tiers apparaît ainsi comme une limite à la liberté contractuelle des parties : libres de contracter, les parties ne sont pas libres de créer un contrat dont l'effet nuirait aux droits des tiers (70). L'article 1165 du code civil ne dit pas autre chose, lorsqu'il dispose, au sein de la section du code consacrée à « l'effet des conventions à l'égard des tiers », que « les conventions [...] ne nuisent point au tiers » (71).

28. Ces deux aspects du principe d'opposabilité - opposabilité du contrat aux tiers et opposabilité des droits des tiers aux parties - se retrouvent naturellement en droit de la distribution. Si les contrats fondant le réseau sont bien opposables aux tiers, qui doivent donc les respecter, les droits des tiers au réseau sont également opposables aux parties, qui sont donc tenues de ne pas y porter atteinte. Libres de constituer un réseau, les parties doivent « développer leur activité de façon à ne pas porter illégitimement atteinte à [la] situation » (72) des tiers.

L'intérêt des tiers s'apprécie alors en déterminant « dans quelle mesure la situation engendrée par le contrat, en raison notamment de son opposabilité, est susceptible de modifier, c'est-à-dire d'améliorer ou d'affaiblir » (73) leur situation personnelle. Cela suppose donc d'apprécier dans quelle mesure un réseau de distribution modifie la situation des tiers au réseau. La transposition du contenu habituel du devoir d'inviolabilité conduirait à exiger des tiers, d'une part, qu'ils ne participent pas sciemment à la violation des obligations nées du réseau par l'un de ses membres, et, d'autre part, qu'ils ne diminuent pas l'utilité du réseau par une revente parallèle.

Dans le premier cas, le tiers ne peut prétendre que le réseau vient limiter illégitimement ses droits puisque cela revient seulement à exiger de lui qu'il ne commette pas de fraude. Mais il n'en va plus ainsi dans le second cas : l'interdiction de revendre les produits du réseau régulièrement acquis porte certainement atteinte aux droits préexistants des tiers. En ce domaine, ceux-ci sont en effet titulaires de droits spécialement protégés : liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'entreprendre, et surtout liberté de concurrence (74).

Pour savoir si l'atteinte portée à ces droits au nom de l'opposabilité du réseau est ou non légitime, il faut arbitrer un conflit entre des intérêts privés : intérêts des membres du réseau et intérêts des tiers concurrents. La restriction de concurrence qu'emporte l'interdiction de toute revente parallèle ne peut constituer une atteinte légitime aux droits des tiers au réseau que si les intérêts des membres du réseau sont jugés prépondérants. Or, en l'absence de circonstances particulières, tel ne peut être le cas. Libres de revendre des produits en l'absence du réseau, les tiers verraient, à compter de la création du réseau, leur liberté du commerce restreinte du seul fait de la volonté des parties.

La légitimité de l'atteinte au réseau serait ainsi justifiée par l'intérêt individuel du revendeur hors réseau dont la liberté du commerce doit être protégée. Celle-ci implique la licéité du dommage concurrentiel, d'où résulte en l'occurrence la légitimité de l'atteinte au réseau (75). Autrement dit, interdire par principe la distribution parallèle reviendrait à porter atteinte au principe de libre concurrence (76). En effet « sous une forme apparemment anodine et strictement logique, l'opposabilité généralisée des conventions d'exclusivité [...] menace d'étouffer ce qui subsiste de liberté commerciale » (77). Si l'on admettait que les tiers au réseau qui se sont régulièrement approvisionnés ne peuvent valablement revendre les produits acquis, cela reviendrait, en fait, à les soumettre, au rapport d'exclusivité fondant le réseau. Ce serait alors, sous couvert d'opposabilité, les assujettir aux obligations de ne pas faire nées du contrat et leur étendre l'effet obligatoire de ce contrat. Cette analyse conduit alors à approuver la jurisprudence qui limite ici, non pas l'opposabilité du réseau, mais seulement le contenu du devoir d'inviolabilité que cette opposabilité fait peser sur les tiers. Ce devoir ne peut aller jusqu'à imposer aux tiers de méconnaître leurs propres droits.

29. Cette primauté de l'intérêt du distributeur parallèle en raison de sa liberté du commerce et de son droit de concurrence doit toutefois être nuancée. Comme toute liberté, celle dont se prévaut ici le distributeur parallèle n'est pas absolue mais s'exerce dans les limites de l'abus, caractérisé notamment par un usage déloyal (78). Dès lors, une distinction s'impose selon que se trouve affecté un réseau de distribution sélectif ou exclusif.

Dans le premier cas, la qualité de revendeur non agréé implique que le distributeur parallèle n'a pas cherché à être agréé ou a été écarté du fait qu'il ne remplissait pas les critères de sélection, puisque dans le cas contraire l'agrément doit être accordé. La situation du distributeur parallèle révèle alors son refus de se soumettre aux conditions de la sélection, par hypothèses licites (79), de sorte qu'il fait preuve de déloyauté en revendant malgré tous les produits du promoteur. Il convient toutefois de réserver l'hypothèse où le défaut de sélection s'explique par le fait que le distributeur parallèle ne présente pas un potentiel de chalandise suffisant (80). Ce critère, qui limite quantitativement le nombre de distributeurs sélectionnés, peut en effet conduire à écarter celui qui serait pourtant prêt à se soumettre aux contraintes du réseau. On ne peut alors lui reprocher une quelconque déloyauté le fait de revendre hors réseau puisque son défaut de sélection ne lui est pas imputable. Cette dernière analyse est *a fortiori* transposable dans le second cas, celui d'un réseau de distribution exclusive, lorsque l'absence d'agrément du distributeur parallèle ne résulte pas du refus de se soumettre aux conditions du promoteur, mais de la restriction quantitative des distributeurs agréés.

30. Si l'opposabilité du réseau conduit en principe à arbitrer un conflit entre des intérêts privés - ceux des membres du réseau et ceux des tiers concurrents - on notera toutefois que l'intérêt de ces derniers doit parfois être apprécié au regard d'un intérêt plus général, celui du marché.

Sous cet aspect, l'atteinte à l'utilité du réseau par la revente parallèle peut apparaître légitime car elle coïncide avec une certaine idée de la juste protection du marché. Il s'agirait de lutter contre l'effet de cloisonnement auquel pourrait conduire la protection absolue des réseaux de distribution dans l'hypothèse d'une condamnation systématique des revendeurs parallèles (81). Il en irait d'ailleurs de l'efficacité du droit de la concurrence. En effet, « à quoi cela servait-il d'avoir interdit en droit interne et communautaire les clauses de protection territoriale absolue si l'article 1382 du code civil permettait en quelque sorte lui-même la protection territoriale absolue » (82) ? L'intérêt individuel du distributeur parallèle serait ainsi renforcé par l'intérêt général.

31. Deux précisions doivent être apportées sur cette convergence entre l'intérêt des tiers au réseau et l'intérêt du marché.

D'une part, la référence à l'intérêt général peut être invoquée à l'appui d'une condamnation des revendeurs parallèles, lorsque, par exemple, la nature du produit en cause implique des conditions particulières de commercialisation que seuls les membres du réseau pourraient appliquer. C'est alors l'intérêt des consommateurs qui justifie dans certaines circonstances l'interdiction des reventes parallèles (83).

D'autre part, on objecte parfois que l'admission de la distribution parallèle prive d'effet utile le droit de la concurrence lorsqu'il valide un réseau de distribution en accordant l'exemption au titre d'un « bilan économique » prévu aux articles 101 § 3 du Traité FUE et L. 420-4 du code de commerce (84). Ainsi, par la méthode du bilan économique, il est possible de « racheter ces pratiques en démontrant que tout bien considéré, leur existence est globalement satisfaisante pour le progrès économique et pour le consommateur. *Il s'ensuit, la légitimité de ses réseaux étant démontrée, que le droit de concurrence des tiers disparaît ou devient illégitime* puisque, par définition, la structure contractuelle mise en place a été jugée utile par les pouvoirs publics ou les autorités compétentes » (85). L'objection est rejetée par des auteurs qui, s'appuyant sur la position de la Cour de justice (86), distinguent la situation des membres du réseau de celle des tiers, seule la première étant intéressée par la reconnaissance des accords de distribution (87). En définitive, « au regard du droit communautaire, la question de l'opposabilité aux tiers des accords de distribution relève donc de la compétence des droits nationaux relatifs à la concurrence déloyale. C'est au droit interne de dire si l'activité des revendeurs non agréés constitue un acte de concurrence déloyale » (88).

32. Appréciée au regard des conditions d'approvisionnement, la revente parallèle est en principe licite dès lors que l'approvisionnement ne résulte pas d'une violation de ses obligations par l'un des membres du réseau. Bien que constitutive d'une atteinte à l'utilité du réseau, la revente parallèle est jugée légitime au nom de l'intérêt supérieur des tiers au réseau, voire de l'intérêt du marché. Mais cet arbitrage entre les intérêts en conflit ne se règle pas de façon définitive en faveur des tiers au réseau. Si, au stade de la revente, les agissements des tiers révèlent qu'ils ne méritent plus la protection particulière qui leur

est accordée, alors la distribution parallèle sera jugée illicite.

L'illicéité de la distribution parallèle tirée des modalités de la revente

33. Tout en affirmant la licéité de principe de la distribution parallèle, les juges ont réservé l'hypothèse de circonstances particulières qui la rendraient fautive. Il en est ainsi chaque fois que le revendeur hors réseau emploie des manoeuvres jugées illicites, caractérisant alors un acte de concurrence déloyale, de publicité trompeuse, voire d'usage illicite de marque. Certaines décisions se réfèrent également au comportement parasitaire du distributeur non agréé (89) et sanctionnent celui qui se place « dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits » (90). La sanction de ces différentes modalités de revente parallèle fait apparaître de nouveaux cas où il s'agit bien, en réalité, de sanctionner un tiers concurrent en raison de l'atteinte qu'il porte à l'utilité du réseau.

Les modalités de revente sanctionnées

34. Tandis qu'une jurisprudence constante sanctionne la revente parallèle lorsqu'elle s'effectue par le biais de manoeuvres illicites, des solutions plus récentes, relatives à des reventes réalisées exclusivement par internet, conduisent à l'émergence d'une sanction nouvelle, fondée sur le parasitisme.

La sanction classique des manoeuvres illicites

35. Comme le souligne un auteur, « la frontière entre le simple fait de commercialiser un produit destiné à un réseau de distribution sélective (qui n'a jamais été jugé constitutif en soi d'une faute) et le comportement fautif est désormais ténue » (91). D'une manière générale, les manoeuvres fautives du distributeur parallèle lors de la revente résultent « de conditions de ventes nuisibles à l'image de marque du produit ou susceptibles de tromper la clientèle sur les caractéristiques de celui-ci ou les prestations offertes » (92). Elles sont susceptibles de prendre plusieurs formes.

36. Une première forme consiste pour le distributeur parallèle à se prévaloir indûment d'une qualité, du revendeur ou du produit, induisant la clientèle en erreur. Certes, le silence gardé sur sa qualité de distributeur non agréé ne caractérise pas en lui-même un acte de publicité trompeuse au sens de l'article L. 121-1 du code de la consommation (93). En effet, cette mention étant apposée par le fabricant et non le revendeur hors réseau, celui-ci ne peut se voir reprocher de s'être prévalu à tort de la qualité de distributeur agréé (94). Cependant, la commercialisation de produits dont le conditionnement porte la mention « vente exclusive par des distributeurs agréés », sans préciser son défaut d'agrément, trompe le consommateur et constitue un comportement déloyal (95). Le distributeur parallèle est donc tenu de démentir cette information figurant sur le produit ou l'emballage. Pour y échapper, il ne peut modifier ou enlever la mention car le fait d'oblitérer une mention sur un emballage constitue une faute, voire un acte de contrefaçon s'il s'agit d'un produit de marque (96).

De même, constitue un acte de concurrence déloyale et de publicité trompeuse le fait de commercialiser un produit assorti d'un bon de garantie contractuelle que le fabricant réserve aux produits vendus par les membres du réseau, laissant ainsi croire au consommateur qu'il pourra en bénéficier. Le distributeur peut toutefois éviter d'engager

sa responsabilité en prenant personnellement en charge cette garantie ou en signalant à la clientèle qu'elle ne pourra pas bénéficier de la garantie du fabricant (97).

37. Une deuxième forme consiste à commercialiser le produit dans des conditions dévalorisantes pour la marque ou pour le réseau. La jurisprudence en fournit plusieurs illustrations.

Se trouve d'abord visée la pratique des prix ou marques d'appels consistant à attirer la clientèle avec des produits en nombre limité et sans aucun stock. Ainsi, un revendeur a été condamné pour concurrence déloyale car il « n'avait en stock que deux flacons de parfums, ce dont il résultait que, n'appartenant pas au réseau de distribution sélective mis en oeuvre par la société Chanel, la société n'avait acheté ces produits que pour servir de « marques d'appel » » (98). Il en irait de même en cas de revente à perte (99) ou de ventes avec primes prohibées (100). En revanche, le fait de vendre à des prix inférieurs à ceux pratiqués par les membres du réseau n'est pas en lui-même fautif car il ne s'agit là que du jeu normal de la concurrence (101).

Se trouve ensuite visé le fait de se procurer un stock important de parfums, alors que les produits parfumant sont voués à s'altérer, de sorte que le promoteur du réseau pouvait légitimement craindre une altération de ses produits (102).

Se trouve enfin visé le fait de proposer à la vente des produits de luxe ou de haute technicité bénéficiant d'une notoriété certaine liée à ces deux caractères « dans des magasins proposant au public des articles « bas de gamme », ne figurant pas sur les panels de notoriété de l'horlogerie, ou des produits ne concernant pas l'horlogerie tels que de petits bijoux fantaisie et de « pacotille sans valeur » [avec un personnel qui] n'a ni les compétences que tout consommateur est en droit d'attendre du vendeur d'un produit d'une certaine notoriété et d'une relative complexité » (103). Il est vrai que les conditions de commercialisation exigées des membres du réseau ne s'imposent pas aux revendeurs parallèles, conformément au principe de l'effet relatif des conventions. Ces derniers ne doivent cependant pas porter atteinte au prestige des produits commercialisés normalement au travers d'un réseau (104). Au demeurant, la présentation dévalorisante ne concerne pas seulement les produits de luxe ou de haute technicité. Ainsi : « la présentation par la société Carrefour des chaussures revêtues des marques Timberland, boîtes entassées les unes sur les autres, sur un podium à proximité de l'allée centrale du magasin et de produits divers, sur des étagères, mêlées à des chaussures de ville, vendues à moindre prix, ne peut avoir pour effet que de dévaloriser les produits et de mettre à néant les efforts déployés par la société Timberland pour les promouvoir » (105). De même, peut être sanctionnée la dévalorisation de produits sans grande notoriété (106).

Par ailleurs, on observe une divergence au sein de la Cour de cassation sur le point de savoir si la revente hors réseau peut ou non caractériser l'usage illicite de marque au sens de l'article L. 716-9 du code de la propriété intellectuelle. La chambre commerciale répond par l'affirmative (107), contrairement à la chambre criminelle (108).

38. Ces observations conduisent à se demander s'il ne faudrait pas plutôt considérer que, dans de nombreux cas, la commercialisation déloyale du distributeur hors réseau porte atteinte, non à l'utilité des contrats de distribution, mais à l'image, l'unité ou l'intégrité du

réseau. Cependant, le réseau étant le produit des contrats qui le composent, l'intérêt du réseau est au moins pour partie l'intérêt de chacun de ses membres, soit, en définitive, l'utilité du contrat pour chacun d'eux. L'atteinte au réseau porte donc nécessairement atteinte à l'utilité des contrats qui le constituent.

En tout état de cause, la responsabilité du distributeur parallèle suppose traditionnellement, outre une atteinte au réseau, des manoeuvres illicites. On observe cependant une évolution, les juges retenant parfois sa responsabilité en l'absence de manoeuvre particulière. Le distributeur parallèle est alors poursuivi au titre de la concurrence parasitaire, bien que la notion ne soit pas toujours visée de manière expresse dans les solutions.

L'émergence d'une sanction au titre du parasitisme

39. De manière générale, le parasitisme désigne « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire » (109) et sanctionne celui qui se place « dans le sillage d'un autre en profitant des efforts qu'il a réalisés et de la réputation de son nom et de ses produits » (110).

En matière de distribution parallèle, le parasitisme consiste selon un arrêt souvent cité (111) dont la formule est régulièrement reprise (112), dans le fait pour un revendeur hors réseau de « commercialiser les produits d'un réseau de distribution sélective, sans être soumis aux contraintes habituelles des distributeurs agréés, et en bénéficiant en outre de la valeur publicitaire de la marque pour développer sa propre commercialisation ».

40. Se trouvent notamment visés les revendeurs hors réseau qui n'ont aucun point de vente physique et distribuent exclusivement par internet. L'examen du droit positif révèle en effet la sévérité de la sanction de ceux que l'on désigne comme *pure players*.

Cet arrêt n'est toutefois pas suffisamment révélateur car, en l'espèce, la condamnation du distributeur parallèle s'explique, non seulement par le comportement parasitaire, mais également par l'illicéité des approvisionnements (113).

41. Plus significatif apparaît de prime abord un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 septembre 2003, qui a admis l'acte de concurrence déloyale de celui qui propose sur son site internet des ensembles Hi-Fi dont la commercialisation est réservée à un réseau de distribution sélective et cause ainsi un trouble manifestement illicite en ne répondant pas aux exigences du réseau. Pour les juges, le tiers au réseau cause « un trouble manifestement illicite en venant concurrencer de façon déloyale les distributeur agréés, puisque sans se conformer aux obligations que ceux-ci ont acceptées en raison des caractéristiques des produits concernés et en parvenant de ce fait à casser le prix » (114).

Il importe de relever qu'en l'espèce, la licéité de l'approvisionnement était selon les juges indifférente car était en cause, non la régularité de l'approvisionnement, mais le fait de revendre au public sans être membre du réseau.

L'arrêt présente cependant une ambiguïté car il fonde la condamnation sur le fait qu'en revendant sur internet des produits réservés au réseau de distribution sélective, le distributeur parallèle « ne répond pas aux exigences du réseau et porte donc atteinte à l'unité et l'intégrité de celui-ci ». Dès lors, il est permis de se demander si la solution ne repose pas sur l'irrespect des modalités de commercialisation imposées par le promoteur du réseau, dont l'unité et l'intégrité se trouvent alors affectées, plutôt que sur la seule qualité de revendeur internet. Dans l'affirmative, l'arrêt illustrerait la sanction, non du comportement parasitaire de tout *pure player*, mais plus classiquement, de la revente hors réseau dans des conditions inadaptées, résultant, en l'occurrence, de l'absence de conseils pourtant exigés par la technicité du produit.

42. La condamnation des *pure players* pour acte de parasitisme apparaît cette fois de manière très nette à travers plusieurs décisions du Conseil de la concurrence, aujourd'hui l'Autorité de la concurrence, qui affirment notamment que « lorsqu'elle vient en concurrence avec un réseau de distribution physique organisé, notamment un réseau de distribution sélective, la vente exclusive sur internet pose la question de la prise en compte des coûts de constitution de réseau et du parasitisme, c'est-à-dire le fait pour une entreprise de tirer bénéfice des actions ou des efforts engagés par un autre, sans en partager les coûts », de sorte que « la vente sur l'internet peut être source de distorsions de concurrence »(115).

43. Il était déjà admis que le promoteur d'un réseau puisse réserver la commercialisation de ses produits à des distributeurs disposant d'un point de vente physique, excluant ainsi les *pure players* du réseau de distribution. Il est désormais admis par l'Autorité de la concurrence que la distribution hors réseau par des *pure players* puisse constituer un acte de parasitisme, indépendamment des conditions de l'approvisionnement ou des modalités déloyales de la revente : c'est la vente exclusive sur internet par un revendeur non agréé qui est, en elle-même, condamnée. Il faut toutefois souligner que cette analyse ne traduit pas l'ensemble du droit positif(116).

44. La condamnation des reventes parallèles par des *pure players* peut recevoir trois justifications.

Elle peut, en premier lieu, résulter du fait que, par leur mode de commercialisation, les *pure players* ne répondent pas aux normes de commercialisation dictées par le promoteur. Ce n'est alors pas l'agissement parasitaire qui est, en tant que tel, sanctionné. De plus, la sanction ne doit pas présenter un caractère automatique, mais doit dépendre des caractéristiques du produit, telle que sa technicité qui imposerait des conseils personnalisés que ne peut rendre - du moins *a priori* (117) - le *pure player*, ou tel que son caractère luxueux qui imposerait une valorisation incompatible avec un point de vente virtuel. L'appréciation doit alors se faire au cas par cas, la nature d'un produit n'étant pas toujours incompatible avec une commercialisation exclusivement par internet. Autrement dit, l'interdiction des reventes exclusivement par internet doit être objectivement justifiée par la nature du produit.

Elle peut, en second lieu, résulter du fait que tout *pure player* non agréé se place dans le sillage des membres d'un réseau, tire profit des efforts réalisés par ces derniers et de la réputation du réseau. Cette fois, l'agissement du *pure player* est en lui-même parasitaire, quels que soient les produits en cause ou leurs modalités de revente(118).

En dernier lieu, outre la distorsion de concurrence qu'elle réalise, la commercialisation par internet, si elle permet aux consommateurs de retirer des avantages immédiats (119), est susceptible à terme de leur nuire. Comme l'a résumé le Conseil de la concurrence : « Le consommateur peut notamment se rendre dans les points de vente physiques où le produit est mis en valeur, peut être testé et peut faire l'objet de démonstration ou de conseils. Ces services à la clientèle sont le fruit d'investissements du point de vente ou du réseau. Le consommateur peut ensuite être tenté, une fois son choix arrêté, d'aller sur internet pour acheter le produit. La vente sur internet peut donc être, dans certaines circonstances, source de désavantages entre vendeurs et, si elle est susceptible d'entraîner indirectement la disparition ou la raréfaction de certains services ou de certains vendeurs, peut induire des effets moins positifs pour le consommateur. Tel serait par exemple le cas si des distributeurs vendaient par internet sans disposer de magasins physiques (*pure players*) » (120).

Sur cette question, les lignes directrices (121) accompagnant le nouveau règlement d'exemption sur les restrictions verticales (122) apportent des éléments de réflexion. Il est prévu que le promoteur d'un réseau puisse « exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution » (123). Or cette possibilité d'exclure les *pure players* d'un réseau de distribution peut s'expliquer par la considération du risque de parasitisme que fait courir ce type de distributeur (124).

45. Certes, ces observations ne sont pas propres à l'internet et sont susceptible de se retrouver, dans une certaine mesure, dans le cadre de la revente parallèle réalisée par des points de vente physique. Le caractère néfaste des *pure players* est cependant accentué par l'effet amplificateur de l'internet ressenti aujourd'hui, dont la zone de chalandise est potentiellement illimitée, contrairement au point de vente physique. Il en résulte un accroissement considérable de l'impact de ce mode de commercialisation (125) et, incidemment, de la capacité de nuisance de ceux qui y recourent (126). Dès lors, le traitement moins favorable des *pure players* par rapport aux autres revendeurs parallèles s'explique moins par une différence de nature entre les deux modes de distribution que par une différence de degré entre les atteintes qu'elles portent respectivement au réseau.

46. En tout état de cause, la condamnation des *pure players* permet de préciser la question de l'opposabilité des réseaux de distribution. Elle montre que les juges sanctionnent parfois le distributeur parallèle en raison de l'atteinte qu'il porte en connaissance de cause au réseau, en dehors de toute manoeuvre illicite particulière. La solution déroge à la jurisprudence dominante actuelle dans la mesure où elle conduit à sanctionner, indépendamment de la régularité de l'approvisionnement, l'atteinte à l'utilité du réseau.

L'illicéité consécutive des atteintes à l'utilité du réseau

47. Au stade de l'approvisionnement, l'intérêt des tiers concurrents a été jugé prépondérant au point de les soustraire au devoir de ne pas diminuer l'utilité du réseau. Au stade de la revente, cette faveur disparait lorsque, en raison des agissements du distributeur parallèle, il n'est plus possible de faire primer son intérêt. Les solutions retenues conduisent alors à compléter le devoir d'inviolabilité à la charge des tiers au

réseau, opérant ainsi un retour au droit commun.

L'intérêt du distributeur parallèle écarté

48. Il a été vu que, sauf approvisionnement irrégulier, l'intérêt des tiers au réseau est en principe jugé prépondérant en raison de la protection de leur liberté de concurrence et leur liberté du commerce. Mais, si le réseau ne doit pas avoir pour effet de porter une atteinte illégitime aux droits spécialement protégés des tiers, de manière symétrique, les tiers concurrents ne sauraient eux-mêmes porter une atteinte illégitime au réseau. En principe jugée non fautive, l'atteinte à l'utilité du réseau peut se révéler illégitime en raison des modalités de la revente parallèle. Pour apprécier l'illégitimité de l'atteinte, il faut arbitrer le conflit opposant l'intérêt des membres du réseau à celui des tiers concurrents. Les condamnations jurisprudentielles de la revente parallèle en raison de ses modalités correspondent ainsi aux cas où l'intérêt du distributeur parallèle ne peut l'emporter sur l'intérêt des membres du réseau.

49. En premier lieu, l'intérêt du tiers ne peut l'emporter sur celui des membres du réseau s'il agit de mauvaise foi.

Hors l'hypothèse de la tierce complicité, la mauvaise foi sera admise en cas de manoeuvres illicites dans la revente, sanctionnées au titre d'une concurrence déloyale. L'arbitrage entre l'intérêt du revendeur parallèle et celui des membres du réseau ne peut se faire qu'en faveur de ces derniers, puisqu'il s'agit en réalité d'arbitrer entre la mauvaise foi et la bonne foi. En raison de sa mauvaise foi, le tiers ne mérite plus d'être tenu d'un devoir d'inviolabilité atténué, ce qui justifie la sanction de la revente parallèle portant une atteinte déloyale à l'utilité du réseau.

La condamnation de la revente parallèle par des *pure-players* peut également se justifier par une sanction de la mauvaise foi. Si l'on considère que le revendeur internet a une attitude parasitaire en ce qu'il cherche à profiter des efforts des membres du réseau, sans contrepartie, alors il peut difficilement être vu comme un tiers de bonne foi, ce qui là encore exclut que son intérêt légitime l'atteinte portée au réseau.

50. En second lieu, l'analyse de la jurisprudence concernant les *pure players* a fait apparaître d'autres considérations de nature à exclure tout traitement de faveur du tiers concurrent.

Tout d'abord, si l'on s'en tient aux solutions du Conseil de la concurrence, c'est parce que l'intérêt des membres du réseau coïncide parfois avec l'intérêt des consommateurs qu'il l'emporte sur l'intérêt des tiers concurrents, et ce même en l'absence de mauvaise foi de ces derniers. En ce domaine, l'intérêt des consommateurs est en effet l'une des expressions de l'intérêt général, et il a été vu que cet intérêt est invoqué pour sanctionner la revente exclusive sur internet de certains produits. Ce n'est donc pas tant l'atteinte au réseau qui rend illicite la revente parallèle que l'atteinte portée aux intérêts des consommateurs par les conditions de cette revente. L'arbitrage des intérêts se fait alors nécessairement en faveur des membres du réseau puisque cela revient à arbitrer entre l'intérêt général et l'intérêt privé des tiers concurrents.

Ensuite, c'est la gravité de l'atteinte à l'utilité du contrat qui pourrait justifier qu'en

certains cas, cette atteinte devienne, par exception, illégitime. La revente parallèle exclusivement par internet, en raison de sa capacité de nuisance, peut ainsi être jugée trop attentatoire à l'utilité du réseau. L'analyse est confortée par la jurisprudence et la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, qui se réfèrent à l'atteinte à l'unité et l'intégrité du réseau ou à l'absence de participation à ses coûts de constitution pour sanctionner le distributeur parallèle.

En définitive, outre les cas de tierce-complicité, le droit de la distribution connaît bien des situations dans lesquelles le tiers à un réseau est sanctionné en raison de l'opposabilité du contrat de distribution. Il en va ainsi lorsqu'il porte atteinte à l'utilité du réseau par une mauvaise foi caractérisée, lorsqu'une telle atteinte nuit également à l'intérêt général ou lorsque l'utilité du contrat est trop gravement compromise par la revente parallèle. Ces solutions permettent de préciser le contenu du devoir d'inviolabilité.

Le devoir d'inviolabilité complété

51. Apprécié au regard du droit commun, le devoir d'inviolabilité du contrat par les tiers connaît deux applications : le devoir de ne pas participer à la violation de l'obligation contractuelle d'autrui et le devoir de ne pas diminuer l'utilité du contrat pour les parties. Apprécié au regard du contentieux de la distribution, ces deux applications du devoir d'inviolabilité ne sont pas d'égale portée.

L'interdiction de la tierce complicité correspond au contenu minimum du devoir d'inviolabilité. Ainsi, ni les libertés de commerce et de concurrence des tiers ni même l'intérêt du marché ne peuvent justifier qu'un tiers participe à la violation de son engagement par un débiteur contractuel.

La seconde application du devoir d'inviolabilité n'a pas une portée aussi générale. Lorsqu'il est jugé prépondérant, l'intérêt d'un tiers peut justifier qu'il y soit soustrait. Au nom d'une liberté spécialement protégée, ou au nom de l'intérêt général, un tiers peut alors porter régulièrement atteinte à l'utilité d'un contrat.

Le droit de la distribution éclaire ainsi utilement la portée de l'opposabilité du contrat aux tiers : il y a « deux niveaux possibles d'interdiction inclus dans la notion d'« opposabilité » : un premier niveau, qui serait irréductible, correspondrait à l'interdiction faite aux tiers de s'associer à l'inexécution de ses obligations par l'un des contractants (127) [...] ; un second niveau, qui pourrait le cas échéant être écarté, correspondrait au devoir général de respecter le droit ou la situation juridique d'autrui » (128).

L'apport du droit de la distribution est en réalité encore plus large. Comme le montre le contentieux lié aux modalités de la revente parallèle, ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un tiers peut être tenu par un devoir d'inviolabilité réduit à son minimum, à savoir l'interdiction de la tierce-complicité. Si le tiers ayant bénéficié de cette faveur agit par une mauvaise foi caractérisée, ou porte atteinte, au-delà de l'utilité du contrat, à l'intérêt général, voire compromet trop gravement l'utilité du contrat pour les parties, il n'y a plus lieu de considérer que son intérêt prime celui des parties au contrat. Le devoir d'inviolabilité, dans ses deux composantes, pèse alors sur le tiers ce qui rend illicites ses atteintes à l'utilité du contrat pour les parties.

52. En définitive, le contentieux de la distribution parallèle a permis de faire apparaître qu'un réseau est toujours opposable aux tiers concurrents. Mais le devoir d'inviolabilité auquel sont assujettis les tiers au titre de cette opposabilité varie en fonction d'un arbitrage des intérêts en présence (129). Tandis qu'en droit commun des contrats, les intérêts des tiers et les intérêts des parties sont en principe placés sur un pied d'égalité, en droit de la distribution, il y a lieu d'arbitrer entre des intérêts privés dont certains sont spécialement protégés, voire entre des intérêts privés et l'intérêt du marché, pris comme une expression de l'intérêt général. Loin de faire apparaître que le réseau est parfois inopposable aux tiers, les solutions de la jurisprudence en ce domaine révèlent seulement que la portée du devoir d'inviolabilité auquel sont tenus les tiers au titre de l'opposabilité est graduelle, selon que prime l'intérêt des tiers concurrents ou l'intérêt des membres du réseau. A ce titre, le droit spécial de la distribution fournit les clés permettant de déterminer en droit commun la portée de l'opposabilité de tout contrat.

(1) Sur ces réseaux, V. L. Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995, t. 256.
(2) D. Ferrier, La considération juridique du réseau, *in* Mélanges offerts à Ch. Mouly, Litec, 1998, p. 95 s., spéc. n° 19.
(3) B. Teyssié, Les groupes de contrat, préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, 1975, t. 139, p. 108.
(4) J.-M. Leloup, Le partage de marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution, *in* Dix ans de droit de l'entreprise, éd. Librairies techniques, 1978, p. 956.
(5) N'est pas ici envisagée l'hypothèse du distributeur sélectionné qui revend sur le territoire d'un autre membre du réseau en violation d'une obligation de respecter l'exclusivité territoriale consentie à ce dernier par le promoteur. Dans ce cas, la solution est simple puisque le distributeur parallèle porte atteinte à son propre contrat.
(6) V. *infra*, n° 39 s.
(7) D. Ferrier, article préc., n° 6.
(8) Com. 16 mars 1965, Bull. civ. III, n° 199 - Com. 21 févr. 1978, Bull. civ. IV, n° 73.
(9) Com. 16 mars 1965 et 21 févr. 1978, préc.
(10) J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2002, n° 736, p. 788 pour qui la solution confère en fait un droit exclusif et absolu ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 10e éd., Précis Dalloz, 2009, n° 494 qui évoquent une situation juridique absolue ; G. Viney, Introduction à la responsabilité, 2e éd., LGDJ, 1995, n° 206 *in fine* qui évoque la reconnaissance de la « pleine et entière opposabilité de ce type d'accord ».
(11) Concernant la distribution exclusive : Com. 16 févr. 1983, Bull. civ. IV, n 69 - Com. 12 juill. 1983, Bull. civ. IV, n° 217. Concernant la distribution sélective : Com. 13 déc. 1988, D. 1989. 427, note A. Bénabent.
(12) Com. 21 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 98 ; D. 1989. 427, note A. Bénabent.
(13) C. com. art. L. 442-6, I, 6°.
(14) Com. 27 oct. 1992, D. 1992. 505, note A. Bénabent. *Adde* Com. 4 déc. 2001 : « il appartient à l'opérateur ayant acquis des véhicules neufs pour les revendre de faire la preuve qu'il les a régulièrement acquis sur un réseau parallèle ou auprès d'un autre concessionnaire ».
(15) D. Ferrier, article préc., n° 40 s. ; Ph. Le Tourneau, Concession exclusive, J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 1010, 2010, n° 148 et 151 ; P. Jourdain, Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau, D. 1990. Chron. 43 s., spéc. n° 8 ; G. Virassamy, La connaissance et l'opposabilité, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers, LGDJ, 1992, p. 132 s., spéc. n° 38.

(16) J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 736 *in fine* ; P. Jourdain, article préc. spéc. n° 8.
(17) J. Duclos, L'opposabilité. Essai d'une théorie générale, th., LGDJ, 1984, n° 172, p. 199.
(18) Civ. 3e, 8 juill. 1975, Bull. civ. III, n° 249 ; D. 1975. IR. 200 - Com. 8 juin 1993, Bull. civ. IV, n° 228. V. encore Civ. 1re, 26 janv. 1999, D. 2000. 87, note Y. Serra. *Adde* Civ. 1re, 17 oct. 2000, Bull. civ. I, n° 246 ; D. 2001. 952, note M. Billiau et J. Moury, où la Cour de cassation s'est expressément fondée sur le principe d'opposabilité. Sur ce dernier arrêt, V. *infra* n° 22.
(19) V. G. Viney, *op. cit.*, n° 207-3 ; B. Starck, Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, JCP 1954. I. doct. 1180, spéc. n° 9 et 35 ; F. Bertrand, L'opposabilité du contrat aux tiers, th. Paris II, 1979, n° 147.
(20) Pour les liens existant entre la faute sanctionnée au titre de la tierce complicité et la fraude paulienne, V. L. Sautonie-Laguionie, La fraude paulienne, LGDJ, préf. G. Wicker, t. 500, 2008, n° 215 s.
(21) Sur ce principe, V. *infra* n° 26 s.
(22) V. par ex. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 490 ; J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 730 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 3e éd., Defrénois, 2007, n° 791 ; J. Ghestin, Les effets du contrat à l'égard des tiers, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges, *op. cit.*, n° 9.
(23) Y. Flour, L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé, th. Paris II, 1977, n° 37. Rappr. S. Ginossar, Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, LGDJ, 1960, et son analyse de l'obligation passive universelle appliquée aux droits de créance qui traduit le devoir imposé aux tiers « de ne rien faire pour aider le débiteur à se dérober de son engagement » (n° 67 *adde* n° 25).
(24) J. Duclos, th. préc. n° 2-3.
(25) F. Bertrand, th. préc. n° 137 ; *Adde* Ph. Delmas Saint-Hilaire, th. préc. p. 303 ; G. Viney, *op. cit*. n° 202.
(26) V. R. Wintgen, Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et en droit allemand, th., LGDJ, 2004. Considérant que l'opposabilité n'est pas un principe juridique en ce qu'il n'a qu'une vertu descriptive, l'auteur conteste l'existence d'un devoir général des tiers de ne pas porter atteinte au contrat. Parmi ses arguments, il retient que « les intérêts des tiers, leur liberté et leur sécurité juridique, s'opposent à ce que les parties puissent leur imposer le respect de tout ce qu'elles peuvent valablement stipuler entre elles. La conciliation des intérêts en présence requiert une appréciation circonstanciée et une protection adaptée des tiers » (n° 164).
(27) V. J. Duclos, th. préc. n° 7 s.
(28) *Ibid*. n° 9.
(29) L'essentiel de la critique de R. Wintgen tombe s'il est distingué, comme l'a établi notamment Duclos, entre le principe de l'opposabilité et son efficience, *adde* L. Sautonie-Laguionie, th. préc. n° 195 s., spéc. n° 204.
(30) Parfois, l'intérêt des tiers est même jugé prépondérant, ce qui conduira à limiter l'opposabilité du contrat : V. *infra* n° 25 s.
(31) Com. 9 oct. 2001, CCC 2002. comm. 8, obs. M. Malaurie-Vignal.
(32) G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat, *in* P. Remy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 152 s., spéc. n° 23.

(33) Rappr. G. Viney, *op. cit.*, n° 207-3, qui retient, s'agissant du droit commun de la responsabilité du tiers complice, que « la connaissance du contrat et la réalisation consciente d'actes qui entravent son exécution suffisent à établir la faute du tiers ».
(34) Com. 25 avr. 2001, Bull. civ. IV, n° 77.
(35) V. ainsi, en cas de fraude paulienne, où l'intention frauduleuse du tiers contractant, qui suppose sa conscience du préjudice causé au créancier, sera parfois déduite de sa qualité. V. par ex., pour la qualité de conjoint du débiteur : Com. 1er mars 1994, Bull. civ. IV, n° 81 ; D. 1994. Somm. 215, note Fortis; Defrénois, 1994. 1118, obs. D. Mazeaud, où la Cour a retenu que l'épouse du débiteur ne pouvait pas ignorer la fraude de son mari et avait « nécessairement conscience de l'opération et des fins poursuivies ».
(36) En ce sens, Com. 21 févr. 1978, préc.
(37) En ce sens, Com. 16 mars 1965, préc.
(38) En ce sens, Paris, 18 avr. 2008, n° 07/04360, *SARL PMC Distribution c/ SAS Pacific Création* - TGI Paris, 9 juill. 2008, n° RG 03/04457, *SA Christian Dior Couture c/ Sté Bazar Chic*.
(39) V. J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 724 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 490 ; P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD. civ. 1999. 771 s., n° 53. *Adde* M. Billiau, L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers, *op. cit.*, p. 190 s. n° 2 : « L'opposabilité est, en quelque sorte, la force obligatoire du contrat envisagée du point de vue des tiers ; l'opposabilité est alors destinée à faire produire au contrat tous ses effets ».
(40) J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit.*, n° 724 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 490.
(41) V. not. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, les obligations. t. 1, l'acte juridique, 14e éd., Armand Colin, 2010, n° 434.
(42) V. *supra* n° 11.
(43) Com. 12 juill. 1993, Bull. civ. IV, n° 295 ; Com. 15 mars 1994, Bull. civ. I, n° 108.
(44) Par ex. Paris, 3 sept. 2010, n° 08/12822, CCE 2010, n° 110, obs. A. Debet ; CCC 2010. comm. 247, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP G 2010. 1111, note J. Huet, qui retient, sur le fondement de l'article L. 442-6-I, 6° du code de commerce, la responsabilité civile de la société Ebay, au motif que de nombreuses ventes de parfums de marque réalisées par l'intermédiaire du site portaient une atteinte illicite aux réseaux de distribution sélective mis en place par les enseignes de parfumeurs. En l'espèce, la violation des réseaux par la société Ebay, n'est pas directe, puisqu'elle n'est pas venderesse des produits litigieux, mais seulement indirecte, en ce qu'elle favorise, par son site d'enchère, la violation des réseaux par des annonceurs.
(45) Sur la nature de cette obligation, V. *infra*, n° 23.
(46) Com. 27 oct. 1992, D. 1992. 505, note A. Bénabent- Com. 9 avr. 1996, D. 1997. Somm. 61, obs. D. Ferrier.
(47) Com. 27 oct. 1992 (*Etabl. Goguet c/ SA Dior*), CCC 1992, n° 225, obs. L. Vogel.
(48) V. art. 1147 et 1148 c. civ... Reste au débiteur à établir que l'inexécution est due au fait du tiers. Si ce fait est constitutif d'une force majeure, le débiteur sera exonéré. Dans le cas contraire, il engagera sa responsabilité vis-à-vis du fournisseur, mais pourra agir contre le tiers, obtenant ainsi une sorte « d'exonération partielle indirecte » (J. FLour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, les obligations, t. 3, le rapport d'obligation, 6e éd., Armand Colin, 2009, n° 215).
(49) V. *supra*, n° 12.
(50) Com. 11 janv. 2005, D. 2006. Somm. 512, obs. D. Ferrier.

(51) En ce sens, P. Jourdain, Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau, article préc. n° 8.
(52) V. jurisprudence citée *supra* n° 4.
(53) M. Ortolan, Généralisation du droit romain, in L'explication historique des Institutes de l'empereur Justinien, 11e éd. par J. E. Labbé, 1880, n° 189.
(54) Civ. 1re, 17 oct. 2000, Bull. civ. I, n° 246 ; D. 2001. 952, note M. Billiau et J. Moury.
(55) Com. 20 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 52.
(56) M. Behar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, LGDJ, 1999, n° 926 ; N. Ereseo, L'exclusivité contractuelle, préf. D. Ferrier, Bibl. dr. entr., t. 79, 2008, n° 396.
(57) La question est alors différente du point de savoir si l'atteinte à l'étanchéité du réseau caractérise en elle-même l'illicéité de celui-ci.
(58) N. Eréseo, th. préc., n° 396.
(59) P. Jourdain, article préc. spéc. n° 8.
(60) J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit*., n° 736 *in fine* : « ce qu'il faut bien voir c'est que le tiers (distributeur parallèle) n'entrave pas l'exécution de l'obligation de l'une des parties [...]. C'est dire que l'opposabilité n'assure que la pleine efficacité du contrat, rien de plus ».
(61) D. Ferrier, article préc., n° 42.
(62) A. Bénabent, note ss Com. 21 mars 1989, D. 1989. 427 s., spéc. 430.
(63) V. Ph. Le Tourneau, article préc., n° 148 s. ; *Adde* P. Jourdain, article préc., n° 8 ; G. Virassamy, article préc., n° 38. Plus nuancé, D. Ferrier, article préc., n° 40 s.
(64) V. *supra* n° 14.
(65) V. notamment J. Dabin, Le droit subjectif, Dalloz, 1958, p. 93 s. ; P. Roubier, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, 1963, n° 32.
(66) Ch. Larroumet, Droit civil, Les biens, droits réels principaux, t. II, 5e éd., Economica, 2006, n° 15. Rappr. A. Plancqueel, note ss Civ. 3e, 22 mars 1968, JCP 1968. II. 15587, qui retient que « c'est une donnée fondamentale, qui a longtemps été méconnue, que celle qui veut que tout droit, simplement parce qu'il est tel, s'impose au respect de tous ».
(67) Ch. Larroumet, *ibid*.
(68) J. Flour, J. L. Aubert et E. Savaux, L'acte juridique, *op. cit*. n° 435. *Adde.* J. Duclos, th. préc. n° 130 ; H. J. et L. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t. 2, Obligations : théorie générale, 1er vol., 9e éd., Montchrestien, 1998, n° 744 ; J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *op. cit*. n° 681.
(69) G. Wicker, La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général, RDC 2007. 581 s., n° 10.
(70) Rappr. G. Wicker, article préc. n° 10, selon lequel il s'agit là d'une « application particulière à l'activité contractuelle du devoir général de ne pas nuire à autrui ».
(71) Pour une étude du sens des dispositions de l'article 1165 du code civil, V. L. Sautonie-Laguionie, th. préc. n° 36 s.
(72) G. Wicker, article préc. n° 2.
(73) Ph. Delmas Saint-Hilaire, Le tiers à l'acte juridique, th. préc. p. 219.
(74) D. Ferrier, La liberté du commerce et de l'industrie, *in* R. Cabrillac, M. A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 13e éd., Dalloz, 2007, p. 711 s. ; M. Guibal, Commerce et industrie, Rép. com. Dalloz, 2003.
(75) Rappr. G. Virassamy, article préc., n° 38.
(76) M. Jéol, La protection des réseaux de distribution sélective : faut-il désespérer de la justice ?, JCP G 1992. I. 3588, n° 7 ; I. Marchessaux, L'opposabilité du contrat aux tiers, *in* Les effets du contrat à l'égard des tiers, LGDJ, 1992, p. 67 s., spéc. n° 27.

(77) S. Ginossar, Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Emergence d'un délit civil de fraude, LGDJ, 1963, n° 35.
(78) L. Amiel-Cosme, th. préc., n° 350. *Adde infra* n° 35 s.
(79) L'illicéité des critères de sélection entraîne celle des contrats de distribution et du réseau dans son ensemble, ce qui exclut la question de leur opposabilité aux tiers (V. *supra,* n° 4).
(80) Sur ce critère, en matière de distribution sélective, D. Ferrier, Droit de la distribution, 4e éd., Litec, 2006, n° 604.
(81) Ph. Le Tourneau, article préc., n° 148 ; M. Malaurie-Vignal, Atteintes à la production et à l'organisation commerciale de l'entreprise concurrente, J.-Cl. Conc.-consom., fasc. 225, 2005, n° 81.
(82) E. Putman, note Bull. Aix 1994-1, cité par M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n° 1360.
(83) V. *infra,* n° 43.
(84) M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n° 1361.
(85) G. Virassamy, article préc., n° 40, souligné par l'auteur.
(86) CJCE 15 févr. 1996, *Nissan France SA e.a.*, aff. C-309/94, Rec. I-677 ; D. 1996. 94; Rev. science crim. 1996. 673, obs. J.-C. Fourgoux; RTD eur. 1996. 567, chron. J.-B. Blaise et L. Idot; Europe 1996. comm. 156, obs. L. Idot - CJCE 15 févr. 1996, *Grand garage albigeois e.a.*, aff. C-226/94, Rec. I-651 ; RTD com. 1996. 578, obs. C. Bolze, S. Retterer, C. Hendericksen et F. Thibault; RTD eur. 1996. 567, chron. J.-B. Blaise et L. Idot; Europe 1996. comm. 156, obs. L. Idot. Il a été jugé que l'ancien règlement d'exemption n° 123/85 a pour fonction, non de réglementer l'activité des tiers au réseau, mais de donner aux contractants la possibilité d'échapper à l'interdiction des ententes, de sorte qu'il ne concerne que les rapports contractuels entre les membres du réseau et ne porte pas sur l'activité des tiers. Dans le même sens, Com. 9 juill. 1996, Bull. civ. IV, n° 204 : « le règlement n° 123/85 doit être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un opérateur, qui n'est ni un revendeur agréé ni un intermédiaire mandaté au sens de l'article 3, se livre à une activité d'importation parallèle et de revente et qu'il ne s'oppose pas davantage à ce qu'un opérateur indépendant cumule les activités d'intermédiaire mandaté et de revendeur agréé ».
(87) Ph. Le Tourneau, article préc., n° 149 ; M. Malaurie-Vignal, article préc., n° 82.
(88) M. Malaurie-Vignal, article préc., n° 82.
(89) Sur cette notion, V. *infra*, n° 39.
(90) Y. Saint-Gal, Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires, RIPIA 1956. 37.
(91) J.-P. Viennois, Distribution sélective, J.-Cl. Conc. consom., fasc. 610, n° 69.
(92) Paris, 17 févr. 1993, D. 1995. Somm. 83, obs. D. Ferrier.
(93) Com. 26 janv. 1999, Bull. civ. IV, n° 29.
(94) Crim. 15 mars 1990, Bull. crim. n° 119 ; RTD. com. 1990. 624, obs. B. Bouloc.
(95) Com. 27 oct. 1992, D. 1992. J. 505, note A. Bénabent et Somm. 83, obs. D. Ferrier- Com. 21 juin 1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 235 - Paris, 3 sept. 2010, n° 08/12822 : préc., où les juges soulignent que la revente par l'intermédiaire du site Ebay de parfums portant la mention « cet article ne peut être vendu que par des distributeurs agréés » est de nature à faire croire que les annonceurs ont effectivement cette qualité.
(96) Com. 19 mai 1998, Bull. civ. IV, n° 157. On rappellera que l'acte de concurrence déloyale que constitue l'atteinte au réseau ne peut donner lieu à réparation sur le fondement de l'article L. 442-6-I,6° que s'il en résulte un préjudice distinct de celui, le cas échant réparable, sur le fondement de l'article L. 713-3 CPI (Com. 23 mars 2010 (3

décisions), n° 09-66.522, n° 09-66.987 et n° 09-65.844).
(97) Com. 18 oct. 1994, Bull. civ. IV, n° 310 - Com. 19 oct. 1999, D. 2001. Somm. 296, obs. D. Ferrier.
(98) Com. 19 mai 1998, préc. Dans le même sens, Com. 23 févr. 1993, Bull. civ. IV, n° 70.
(99) Com. 10 janv. 1989, RCA 1989. comm. 87.
(100) Com. 25 janv. 2005, n° 97-19.809, en application de l'art. L. 121-35 c. consom.
(101) M. Malaurie-Vignal, article préc., n° 92, citant Riom, 22 avr. 1992, Jurisdata n° 1998-056332.
(102) Aix-en-Provence, 5 mai 1994, Jurisdata n° 1994-041940.
(103) Com. 18 oct. 1994, Bull. civ. IV, n° 310 ; D. 1996. J. 311, note I. Krimmer- Paris, 22 sept. 2004, D. 2005. Somm. 148, obs. D. Ferrier.
(104) Com. 19 mai 1992, D. 1992. Somm. 394, obs. D. Ferrier.
(105) Paris, 18 oct. 2006, Jurisdata n° 2006-315727. *Adde* Paris, 3 sept. 2010, n° 08/12822 : préc., qui relève que la revente des parfums de luxe par l'intermédiaire du site Ebay s'accompagnait de commentaires dévalorisants tels « quelques éclats dus à une mauvaise manipulation », « testeur sans bouchon »... de nature à porter atteinte à l'image de l'enseigne.
(106) Crim. 11 mai 1987, Rev. conc. Consom. 1988/41. 25, à propos d'un point de vente Leclerc jugé dégradant pour une marque de vêtements.
(107) Com. 23 févr. 1993, D. 1994. 318, note E. Fort-Cardon.
(108) Crim. 16 juin 1993, Bull. crim. 1993, n° 216.
(109) Com. 26 janv. 1999, D. 2000. 87, note Y. Serra.
(110) Y. Saint-Gal, Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires, RIPIA 1956. 37. Sur la notion, Ph. Le Tourneau, Le Parasitisme, Litec, 1998 et J.-Cl. Conc. consom., Parasitisme - notion, fasc. 227, 2010.
(111) Com. 27 oct. 1992, *Azzaro*, CCC 1992, n° 225 (2e esp.), note L. Vogel ; D. 1992. 505, A. Bénabent.
(112) Paris, 3 sept. 2010, n° 08/12822, préc., qui énonce « la vente hors réseau réalise un acte de concurrence déloyale dans la mesure où en procédant à des ventes de parfums, parfois en nombre, sur les sites litigieux (Ebay), les annonceurs se sont affranchis des contraintes pesant sur les membres des réseaux en cause, tout en bénéficiant de leurs investissements et de leurs efforts pour assurer le renom des parfums ».
(113) Pour d'autres cas où le parasitisme s'accompagne de manoeuvres particulières : Paris, 18 oct. 2006, *Sté Carrefour Hypermarché c/ Sté Timberland Company* (Juris-data n° 2006-315727) où les chaussures sont commercialisées dans des conditions dévalorisantes. Plus délicat à interpréter : Paris, 3 sept. 2010, n° 08/12822, préc., où les actes de parasitisme semblent également s'accompagner de conditions de revente dévalorisantes.
(114) Paris, 5 sept. 2003, *SA Rue du Commerce c/ SARL Jamo France et SARL Wysios*, CCE 2004, n° 19, obs. Ph. Stoffel-Munck.
(115) Cons. conc. 24 juill. 2006, n° 06-D-24, distribution des montres commercialisées par Festina France, spéc. point 70, CCC 2006, n° 187, note M. Malaurie-Vignal ; RJDA 2/2009, n° 142. Dans le même sens, Cons. conc. 29 oct. 2008, n° 08-D-25, distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, spéc. point 76, CCE 2008. comm. 137, note M. Chagny - Cons. conc., 8 mars 2007, n° 07-D-07, distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, spéc. point 91, CCE 2007. comm. 72, note M. Chagny.
(116) Ainsi, dans une ordonnance du 8 janvier 2008 (CCE avr. 2008, n° 55), le TGI de Strasbourg avait condamné les sociétés Brandalley et Overstock pour avoir vendu en ligne

et hors du réseau de distribution sélective des chaussures Puma, sans apporter la preuve de la licéité de leur approvisionnement. En l'espèce, les juges ont d'abord écarté les griefs tirés d'une présentation dévalorisante des produits, et d'une usurpation de la qualité de distributeur agréé, mais ont ensuite admis le comportement parasitaire du revendeur hors réseau qui « *en commercialisant les produits sans être soumis aux contraintes des distributeurs agréés, a profité sans bourse délier des efforts [du fabricant] pour constituer un réseau et promouvoir ses distributeurs* ». Plus précisément, ils ont relevé que le revendeur s'est abstrait d'une contrainte pesant sur l'ensemble des membres du réseau et consistant à exposer en permanence un certain nombre de produits de la marque. Ce faisant, il s'est assuré une situation nécessairement plus favorable que celle des distributeurs agréés, tout en se plaçant dans le sillage de la notoriété des produits, et désorganise ainsi le réseau. L'ordonnance a toutefois été infirmée (Colmar 24 juin 2008, CCC avr. 2009, n° 98) au motif, d'une part, que le réseau n'apparaissait pas comme manifestement licite et, d'autre part, que n'était démontré aucun comportement illicite à l'encontre du revendeur telles qu'une usurpation de marque, une dévalorisation de produit ou une pratique de prix illicite.

(117) Plus nuancé, B. Honorat, CCC 2007. Etude 7, n° 17.

(118) *Contra*. S de Senilhes et O. Roux, Distribution sélective et commerce électronique : une évolution inachevée, RJDA 5/2010. 447, n° 20.

(119) Cons. conc. 8 mars 2007, n° 07-D-07, point 96 « ce mode de commercialisation permet d'offrir aux consommateurs des services que la vente dans les magasins physiques ne permet pas d'apporter, telle que la livraison à domicile ou la mise à disposition de l'acheteur, en temps réel, d'une très abondante documentation, et a pour effet de stimuler la concurrence par les prix tout en incitant les distributeurs à apporter plus de services pour attirer ou fidéliser leur clientèle » - Cons. conc. 29 oct. 2008, n° 08-D-25, point 81 : « La possibilité d'acheter les produits sur internet apporte en effet aux consommateurs un service supplémentaire par rapport à l'achat dans les magasins physiques : commander et acheter les produits à distance, sans limitation de temps. L'utilisation d'Internet facilite également l'accès à l'information sur les produits et permet aux consommateurs de procéder à des comparaisons de prix ».

(120) Cons. conc. 29 oct. 2008, préc.

(121) Lignes directrices sur les restrictions verticales n° 2010/C, JOUE 19 mai 2010.

(122) Règl. n° 330/2010 du 20 avr. 2010 concernant l'application de l'article 101 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

(123) Lignes dir., point 54.

(124) Dans le même sens, M. Chagny et S. Choisy, Les nouvelles règles applicables aux restrictions verticales de concurrence. Quel changement pour la distribution en ligne ?, JCP G 2010. 774, spéc. n° 17.

(125) Le Conseil de la concurrence (n° 08-D-25 préc., point 97) souligne le « fort potentiel de croissance » lié à ce mode de commercialisation.

(126) Ph. Stoffel-Munck, note préc. Rappr. L. Marino, Internet et concurrence déloyale, CCE 2007. Etude 27, n° 8 qui écrit : « Il semble que la fonction de sanction de la concurrence déloyale ne devrait pas se durcir plus sur l'internet. A moins d'estimer que celui qui vend exclusivement sur l'internet (le *pure player*, pour les économistes) jouit d'une situation par trop privilégiée ».

(127) Ce qui, pour les auteurs, correspond en réalité aux hypothèses de fraude paulienne.

(128) Fl. Deboissy et G. Wicker, Droit du contrat et droit du marché : élément pour une problématique, RDC 2006. 1321 s. spéc. 1329.

(129) I. Marchessaux, article préc., n° 28 qui évoque la « finalité conciliatrice » du principe d'opposabilité.

S. BROS, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2016 p.29

À la fin des années 1970, le législateur est intervenu pour rendre interdépendants les contrats composant une opération de crédit dans laquelle l'emprunteur est un consommateur(1). Cette intervention législative a brisé la jurisprudence qui refusait de lier le contrat principal et le contrat de financement et maintenait le contrat de crédit quand le contrat principal était annulé ou résolu(2). Deux modalités distinctes ont été utilisées. Dans le crédit à la consommation, le législateur a institué une corrélation entre la prise d'effet des contrats et leur disparition, sans utiliser de technique particulière(3). Dans le crédit immobilier en revanche, les contrats sont liés au moyen de la condition (suspensive ou résolutoire) au moment de leur formation(4). En l'absence de disposition énonçant que la nullité ou la résolution d'un contrat entraîne celle de l'autre, la jurisprudence a justifié la disparition simultanée des contrats par la condition résolutoire de l'article L. 312-12 du code de la consommation(5), sans recourir au droit commun.

Ces solutions, fondées sur des textes spéciaux, n'ont pas permis leur généralisation en dehors du crédit consenti au consommateur. Les juridictions saisies de litiges portant sur des opérations impliquant plusieurs contrats, surtout des montages financiers, ont dû trouver dans le droit commun le moyen de lier les contrats juridiquement.

Un consensus s'est rapidement fait à propos de ce qu'est l'interdépendance contractuelle : plusieurs contrats participant à une opération économique d'ensemble, qui ne peuvent que coexister ou disparaître simultanément. Il est étrange qu'une notion claire et utile ait donné lieu à un contentieux si fourni depuis plus de trente ans. La raison en est que le motif du contrat se trouve tout proche... Tout contractant a toujours une opération particulière en vue quand il conclut un contrat et, par principe, le droit ne se préoccupe pas du motif de conclusion du contrat (sauf quand il est illicite, plus rarement immoral) parce qu'il y aurait un risque pour la sécurité des transactions à faire dépendre le maintien d'un contrat de la satisfaction de son motif de conclusion. Quand le droit doit-il se préoccuper du but recherché par une personne, notamment lorsqu'elle a en vue une opération nécessitant plusieurs contrats ? Cette question n'appelle pas de réponse unique, ce qui a placé la jurisprudence, appelée à énoncer des solutions concrètes et prévisibles, dans une position indélicate.

Dépassant les querelles doctrinales et ses propres hésitations, la Cour de cassation a néanmoins énoncé, en quatre étapes principales, quelques règles applicables à l'interdépendance contractuelle. À aucun moment n'a-t-elle retenu un fondement exclusif à ces solutions, position à la fois audacieuse et prudente. Audacieuse, car la création prétorienne *ex nihilo* trouve plus difficilement sa place dans l'ordonnancement juridique que lorsqu'elle s'appuie avec constance sur des textes. Prudente, car elle évite l'embrigadement conceptuel des solutions fondées sur des mécanismes trop rigides ou trop contestés.

Partant de la figure suscitant à l'époque le plus de contentieux, elle a énoncé une première règle de fond à propos du lien unissant le crédit-bail et la vente. Dans l'arrêt rendu en chambre mixte le 23 juillet 1990(6), la Cour de cassation a affirmé que la résolution de la vente entraîne la

résiliation du crédit-bail. Par cette solution ferme et claire, la haute juridiction a asséché une partie du contentieux relatif au crédit-bail, tout en évitant de recourir à des notions contestées.

La deuxième étape a consisté à reconnaître que des montages distincts du crédit-bail peuvent réaliser des cas d'interdépendance contractuelle, et à identifier les constatations de faits établissant le lien entre les contrats. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle notamment admis que l'accord préalable de certains participants pour présenter l'opération complète à un autre par l'intermédiaire d'un mandataire unique, la conclusion simultanée des contrats, et leurs modalités communes d'exécution commandaient la disparition corrélée des contrats composant l'opération (7). Les arrêts ont été diversement appréciés. Si les effets de l'interdépendance ont été majoritairement approuvés, le manque de définition et l'absence de fondement n'ont pas satisfait et ont durablement relancé les réflexions de la doctrine.

Dans un troisième temps, la Cour de cassation a porté son attention aux clauses de divisibilité stipulant qu'en cas de disparition de l'un des contrats de l'ensemble, l'autre devait néanmoins s'exécuter jusqu'à son terme. Ces clauses, qui ont fleuri dans les contrats composant une opération d'ensemble, étaient destinées à scinder le sort des contrats, en cas d'échec de l'un d'eux. La Cour a considéré que de telles clauses devaient être tenues en échec en raison de leur contrariété à l'économie générale du contrat. La solution a déjoué les prévisions des parties - ce qui, de nouveau, a été diversement apprécié - mais a assuré l'efficacité de l'interdépendance (8).

La quatrième étape date des arrêts rendus en chambre mixte par la Cour de cassation le 17 mai 2013 (9) qui ont péremptoirement affirmé que « les contrats concomitants et successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; (...) sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance » (10). Vingt-cinq ans après la chambre mixte réunie à propos du crédit-bail, la Cour de cassation réitère le procédé consistant à formuler, sans justifier, une interdépendance systématique entre des contrats composant une opération de location financière (11).

Il semble qu'une ultime étape vienne d'être franchie par deux arrêts rendus le 10 septembre 2015 (12). Revenant sur la solution retenue dans les années 1970 qui avait justifié l'intervention du législateur en droit de la consommation, la Cour de cassation a admis l'interdépendance entre un contrat de crédit et un contrat principal qu'il finance, en dehors de l'application des dispositions du code de la consommation, au motif notamment que l'offre de crédit avait été renseignée par le vendeur qui avait, en outre, directement reçu les fonds du prêteur.

L'interdépendance contractuelle mérite une définition unitaire mais souple, et des effets tant rigoureux que prévisibles. La réforme prochaine de notre droit des contrats y parviendra-t-elle ?

I - Une notion unitaire et souple

Les décisions laissent transparaître deux types de situations : celles où l'interdépendance est consubstantielle à l'opération parce que l'un des contrats de l'ensemble ne remplirait aucune fonction économique s'il n'était pas adossé à un autre contrat, et celles où les contrats du groupe pourraient exister seuls mais ont été volontairement liés par les parties. Cela démontre que le domaine de l'interdépendance contractuelle n'est pas figé et qu'il doit demeurer ouvert (A). Pour réunir ces situations diverses sous la même qualification, la question du fondement de l'interdépendance doit être tranchée, et la réforme du droit des contrats pourrait être enfin

l'occasion de le faire (B).

A - Un domaine ouvert

Parmi les opérations d'ensemble étudiées, certaines nécessitent structurellement plusieurs contrats (1), et d'autres sont composées de contrats qui pourraient être envisagés de manière séparée (2).

1 - Les contrats structurellement interdépendants

Certains contrats ne pourraient pas exister de manière autonome, ils n'auraient pas d'utilité s'ils étaient envisagés seuls ; ils n'existent qu'accompagnés d'un autre contrat parce qu'ils n'ont pas d'utilité objective par eux-mêmes. Ces contrats n'ont pas de fonction économique propre s'ils sont envisagés de manière autonome, contrairement à tous les autres contrats. On constate dans ces opérations l'imbrication des obligations des parties qui sont transférées d'une partie à l'autre, ou bien exercée par l'une au nom de l'autre. Ces opérations sont le crédit-bail et la location financière. On a pu parler, à propos de ces opérations, d'interdépendance ou d'indivisibilité objective. Les règles les plus rigoureuses que la Cour de cassation a élaborées en matière d'interdépendance contractuelle concernent ces opérations-là, qui sont le plus aisément identifiables.

Le projet de réforme (art. 1186) tente de généraliser la solution en affirmant l'interdépendance des contrats conclus en vue d'une opération d'ensemble quand « la disparition de l'un rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre ». Certes, un contrat de crédit-bail ou une location financière ne paraissent plus pouvoir s'exécuter lorsque le bailleur n'est plus propriétaire du bien donné en location en raison de la nullité ou de la résolution de la vente l'ayant initialement investi de la propriété. Cependant, les contrats prennent le soin de stipuler que le bailleur s'exonère de son obligation de jouissance paisible, voire de son obligation de délivrance(13) de sorte que, purement financiers, les engagements du bailleur sont déconnectés du sort de la chose. Il pourra dès lors soutenir que l'exécution du contrat de bail n'est pas devenue impossible et qu'elle n'est pas non plus, pour lui, dépourvue d'intérêt. Il nous semble hasardeux de retenir l'impossibilité d'exécution ou la perte d'intérêt comme critères de l'anéantissement en cascade des contrats(14). Proche néanmoins est la notion d'utilité économique du contrat, à cela près qu'elle devrait s'apprécier, non pas au stade de l'exécution du contrat, car des clauses appropriées permettront toujours à une partie de démontrer que le contrat conserve une utilité économique, malgré la disparition de celui auquel il est lié, mais au moment de sa formation : le contrat remplit-il une fonction économique seul, c'est-à-dire sans nécessiter la conclusion d'un autre contrat ? Dans l'affirmative, il demeure possible de l'exécuter sans envisager d'autre contrat ; dans la négative, ce contrat et celui auquel il est lié réalisent un cas d'interdépendance contractuelle et ils doivent disparaître ensemble. La solution de l'article 1186, qui fut manifestement pensée pour s'appliquer aux opérations de location financière et de crédit-bail, doit également être appréciée lorsqu'elle se trouvera invoquée dans d'autres ensembles contractuels.

2 - Les contrats conjoncturellement interdépendants

Le constat est alors sans appel : l'impossibilité d'exécuter un contrat ou sa perte d'intérêt ne seront jamais réalisés à moins de rechercher, *subjectivement*, si l'exécution d'un contrat présente toujours quelque intérêt pour le seul débiteur. Or, comme nous l'avons vu, hors le crédit-bail et la location financière qui n'ont pas d'utilité économique seuls, tous les autres contrats

susceptibles de participer à une opération économique d'ensemble remplissent une fonction économique par eux-mêmes. Un contrat de prêt réalise une opération de crédit même non lié au contrat principal qu'il finance(15). Donc, il faudra exclusivement se placer du côté du débiteur du prêt, donc de l'emprunteur, pour rechercher si le prêt présente toujours un intérêt pour lui si le contrat principal est anéanti. Cela est éminemment subjectif.

Il ne paraît pas opportun d'inscrire dans le code civil des critères qui, en apparence objectifs, recèlent une grande part de subjectivité. La distinction entre les situations d'interdépendance contractuelle ne mérite pas davantage d'être inscrite dans le code(16), car elle pourrait justifier l'élaboration de règles différentes dans les deux cas, alors que la structure des montages est fondamentalement identique et qu'elle est le résultat de l'exploitation, par les parties, de la liberté contractuelle. Le fondement de l'interdépendance entre les contrats devrait traduire cette homogénéité.

B - Un fondement incontestable

Comment justifier le lien juridique unissant les contrats participant à la même opération économique ? Plusieurs fondements ont été avancés en doctrine et utilisés par la jurisprudence, principalement les notions d'accessoire, d'indivisibilité et de cause (1). Le projet d'ordonnance ne renvoie à aucune de ces notions, il fait d'un contrat un élément constitutif d'un autre contrat (2).

1 - Les fondements abandonnés

La notion de cause semblait avoir les faveurs de la doctrine et de la Cour de cassation, laquelle a affirmé, à plusieurs reprises, que les contrats interdépendants obéissent à une cause unique(17), ou bien que chacun trouve sa cause dans le contrat auquel il était lié(18). Cependant, la solution n'a jamais fait l'objet d'une affirmation incontestable. La raison en est que, simultanément, dans d'autres domaines du droit des contrats, la notion de cause a connu une expansion considérable, tant doctrinale que jurisprudentielle. Des abus d'usage ont été relevés, mais d'autres ont suivi, appuyés par une doctrine féconde et innovante. Ce foisonnement a tué la cause. Et la jurisprudence s'est trouvée dans une position bien inconfortable pour parachever sa construction prétorienne de l'interdépendance contractuelle dans une période où la cause faisant assurément trop débat.

L'autre piste empruntée fut celle de l'indivisibilité. À l'image de la cause, quoique dans une moindre mesure, la notion d'indivisibilité a été malmenée et extrapolée(19). Les textes régissant l'indivisibilité dans le code civil ont été d'une faible utilité car, destinés à régir l'indivisibilité de l'obligation, leur contenu s'est avéré inapproprié pour construire le régime du lien entre les contrats. Le terme se trouve néanmoins dans les décisions, et paraît être utilisé comme un synonyme, descriptif, de l'interdépendance.

Quant à l'accessoire et la règle *accessorium sequitur principale*, ils servent parfois à justifier la disparition du contrat de crédit ensuite de celle du contrat financé, mais la portée de la règle est limitée puisqu'elle entraîne une dépendance unilatérale d'un contrat par rapport à un autre alors que, dans l'interdépendance contractuelle, cette dépendance est mutuelle : chaque contrat étant essentiel à la réalisation de l'opération et la disparition de n'importe quel contrat doit entraîner celle de l'autre(20).

2 - Le fondement retenu : un contrat élément constitutif d'un autre contrat

On sait que le projet d'ordonnance supprime la notion de cause. Celle-ci était pourtant le fondement le plus partagé de l'interdépendance contractuelle. La cause était ici entendue dans son acception subjective, comme le motif entré dans le champ contractuel(21). Mais la détermination des éléments subjectifs dans le contrat et leur rôle ont toujours été difficiles à déterminer, bien qu'il soit impossible de faire sans, la liberté contractuelle permettant l'intégration d'éléments subjectifs dans le contrat. Les rédacteurs du projet ont été confrontés à cela, mais l'impression qui ressort à ce stade de l'élaboration de la réforme est qu'aucune position claire n'a été adoptée.

On trouve dans le projet les termes et expressions suivants : but (art. 1161 concernant la licéité du but poursuivi par le contrat), motif (art. 1134 relatif à l'erreur et 1138 pour l'erreur sur le motif provoquée par un dol), élément déterminant (art. 1134 à propos de l'erreur sur le motif, art. 1185 relatif à l'étendue de la nullité), caractère déterminant (art. 1130, al. 2, relatif aux vices du consentement), qualités essentielles (art. 1132, 1133 et 1134 concernant d'erreur), éléments essentiels (art. 1114 à propos de l'offre) élément constitutif (art. 1186 relatif à la caducité et à l'interdépendance contractuelle). L'articulation de l'ensemble n'est pas évidente. Si la possibilité de faire d'un élément ordinairement secondaire ou extérieur au contrat un élément essentiel de celui-ci paraît certaine, les moyens de l'établir sont ambigus. Pour l'erreur, le caractère essentiel d'une qualité résulte soit expressément, soit tacitement de la convention ; toutefois, si l'élément essentiel tient à un motif, l'intégration au contrat doit résulter d'une stipulation expresse. Paradoxalement, concernant les contrats liés, la simple connaissance de l'opération d'ensemble par une partie suffit à les rendre interdépendants (art. 1186). On peut comprendre la solution si son application est limitée au crédit-bail et à la location financière, mais le texte ne l'affirme pas, et il serait dommage de cantonner l'interdépendance contractuelle à ces deux seules opérations dès lors qu'il existe d'autres cas soumis à l'appréciation des juridictions, l'essentiel étant de fournir une boîte à outils au juge pour qu'il puisse élaborer des solutions fiables à partir de textes suffisamment généraux, et que les acteurs économiques aient les moyens d'anticiper ces solutions. En outre, exiger la simple preuve de la connaissance de l'opération économique d'ensemble pour faire dépendre un contrat de l'autre en dehors du crédit-bail et de la location financière paraît extrêmement dangereux : il suffirait qu'un emprunteur établisse la connaissance qu'avait le prêteur de l'affectation des fonds pour rendre le contrat principal et le contrat de crédit interdépendants(22).

À lire le projet d'article 1186 du code civil, des contrats sont liés quand un contrat est un élément constitutif d'un autre contrat. L'affirmation constitue une avancée réelle dans la notion d'interdépendance contractuelle. Il faut donc bien une acceptation de tous les participants pour créer cette opération d'ensemble. Mais cette preuve pourrait être facilitée dans certaines situations, notamment pour les contrats impliquant structurellement un autre contrat, ainsi que dans les situations où certains des participants ont agi de concert pour la mise en place de l'ensemble, se sont mutuellement représentés ou ont imbriqué l'exécution de leurs prestations. Cela suppose que la condition de la connaissance par l'un des participants de l'opération d'ensemble soit supprimée, au profit d'un plus large pouvoir judiciaire d'apprécier la réalité de l'opération d'ensemble poursuivie par les parties, ainsi que ses conditions de mise en place et d'exécution.

II - Des effets rigoureux et prévisibles

Les effets de l'interdépendance contractuelle n'ont, sur un point, jamais posé de difficulté : l'anéantissement d'un contrat entraîne celui de l'autre. Cependant, la nature de la sanction applicable au second contrat n'est pas à ce jour clairement identifiée (A). Subsistent également

des interrogations quant à la portée de certaines clauses stipulées dans l'un des contrats de l'ensemble (B).

A - L'anéantissement en cascade

Alors que la jurisprudence hésite sur le sort du contrat lié à un premier contrat anéanti entre la nullité, la résolution, la résiliation et la caducité(23), le projet d'ordonnance tranche en faveur de la caducité (1), sanction souple dans la mesure où elle peut donner lieu, mais pas nécessairement, à des restitutions (2).

1 - La caducité

Tant que le fondement de l'interdépendance contractuelle n'était pas dégagé, l'hésitation était permise. Tel ne sera plus le cas après la réforme du code civil. En effet, l'article 1186 affirme que l'anéantissement d'un contrat entraîne la caducité de celui auquel il est lié, la caducité étant définie, conformément à ce qu'affirmait la doctrine, comme la disparition d'un élément essentiel du contrat postérieurement à sa formation. Voilà un éclaircissement bienvenu, qui donnera de la souplesse à la sanction, celle-ci pouvant être rétroactive.

L'anéantissement en cascade nécessite que soit reprise la règle posée par la jurisprudence, selon laquelle la disparition du contrat lié suppose l'anéantissement du premier contrat. Autrement dit, il ne suffit pas que l'un des contrats soit inexécuté ou atteint d'une cause de nullité pour que l'autre contrat disparaisse automatiquement. Il faut au préalable que le contractant en vertu du premier contrat soit attrait dans la cause opposant les contractants au deuxième contrat, afin que le juge puisse statuer simultanément sur le sort des deux conventions(24). Le résultat est incertain quand la partie au premier contrat a disparu, notamment parce qu'elle est en liquidation judiciaire(25) car, s'il est possible de l'attraire par l'intermédiaire des organes de la procédure, ou d'un mandataire *ad hoc* si la société a disparu, la charge des restitutions ne lui incombera pas, même s'il est à l'origine de l'échec de l'opération.

2 - Les restitutions

Les restitutions consécutives à la caducité ne seront pas automatiques. Selon l'article 1187 du projet d'ordonnance, « la caducité met fin au contrat entre les parties. Elle peut donner lieu à des restitutions (...) ». Il semblerait que le principe soit celui d'un anéantissement pour l'avenir et, par exception, un retour au *statu quo ante*. Ni l'article 1187, ni les articles 1353 et suivants auxquels il est renvoyé ne précisent à quelles conditions la caducité est rétroactive. On peut en déduire que cela relèvera du pouvoir du juge, de sorte que la liberté dont il use aujourd'hui pour décider de la nature de la sanction se reportera sur celle de choisir les conséquences de celles-ci. Ce choix ne sera pas anodin. En effet, le recours à un ensemble de contrats emporte un transfert des risques de l'échec de l'opération, et ce transfert se fait au détriment d'un participant, celui qui était partie à tous les contrats(26). Dans l'opération constituée par un crédit affecté à une vente, si le vendeur ne satisfait pas à ses obligations et fait l'objet d'une procédure collective, l'acquéreur qui sollicite l'anéantissement de la vente et du contrat de crédit, doit rembourser le prêt (mais pas les intérêts), alors qu'il n'a bénéficié ni du montant du prêt (qui a été versé par le prêteur au vendeur), ni du bien qu'il doit restituer. La caducité non rétroactive permettra alors au juge de réaliser un partage des risques, en permettant au prêteur de ne pas restituer les intérêts déjà perçus, et à l'emprunteur de ne pas continuer à rembourser. Des stipulations contractuelles ne manqueront pas d'anticiper cette situation, mais se posera la

question de leur portée.

B - Portée des stipulations contractuelles

La jurisprudence a plusieurs fois eu l'occasion de statuer sur les clauses de divisibilité énonçant que l'anéantissement d'un contrat est sans effet sur l'exécution de l'autre (1). Plus généralement, dans une opération d'ensemble, toute clause stipulée dans un contrat influe sur l'interprétation de l'autre contrat (2).

1 - Clauses de divisibilité

Lorsque le régime de l'interdépendance contractuelle a commencé à se construire, des rédacteurs de contrats ont imaginé de déjouer l'anéantissement en cascade en stipulant des clauses de divisibilité : l'exécution d'un contrat serait due jusqu'à son terme nonobstant l'anéantissement du contrat auquel il était lié. La Cour de cassation, dans un arrêt retentissant du 15 février 2000 (27), a refusé de leur donner effet. Postérieurement, elle a parfois reconnu leur efficacité (28), jusqu'aux arrêts du 17 mai 2013 où elle a de nouveau déclaré fermement que de telles clauses étaient réputées non écrites. On s'est ensuite demandé si la solution ne valait que pour les opérations réalisant une location financière ou si elle pouvait être généralisée à tous les cas d'interdépendance contractuelle.

La réponse pourrait se trouver dans le projet d'ordonnance. Un contrat devenant un élément constitutif d'un autre contrat, il ne serait pas concevable de dissocier ses éléments essentiels postérieurement à sa formation. Ce serait comme si l'authenticité d'une oeuvre, élément essentiel ou constitutif d'une vente de tableau, pouvait être traitée comme un élément accessoire et indifférent postérieurement à la conclusion du contrat, ce qui est inconcevable. Le contenu du contrat est fixé une fois pour toutes lors de la formation du contrat.

Certes, le refus de donner effet aux clauses de divisibilité pourrait aussi être analysé comme une violation de la volonté des parties. Mais l'article 1186 projeté du code civil ne laisse pas de place à la discussion : un contrat dont l'un des éléments constitutifs disparaît devient caduc ; les clauses de divisibilité ne pourront pas déroger à cette règle qui méritera d'être qualifiée d'ordre public (art. 1161 projeté). Quant aux clauses aménageant les conséquences de la caducité du contrat, elles seront probablement analysées à la lumière du déséquilibre significatif (art. 1169).

2 - L'interprétation

La Cour de cassation a récemment posé une nouvelle règle d'interprétation destinée aux contrats interdépendants. Elle a jugé que les modalités d'exécution d'un contrat qui se trouvaient stipulées dans le contrat auquel il était lié devaient s'appliquer au premier contrat comme si elles y avaient figuré (29). Cette interprétation élargie, qui est une conséquence de la volonté de réaliser une opération d'ensemble, est également consacrée par le projet : « lorsque, dans l'intention des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci » (art. 1191, al. 2). Lorsqu'un contrat est un élément constitutif d'un autre contrat, il s'intègre à lui et l'interprétation est nécessairement globale.

En conclusion, on proposera la rédaction suivante de l'article 1186, alinéa 2 : « La disparition d'un contrat entraîne la caducité de celui dont il dépend quand les parties avaient voulu les lier, soit expressément, soit implicitement au regard de l'opération poursuivie et de ses modalités ».

Alexandre Riéra, « Vers un nouveau contrat d'affiliation ? », AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.411

Figurant parmi les dispositions remarquées de ce texte, l'article 31 de la désormais célèbre loi Macron pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques(2) insère, au sein du livre III du code de commerce, un titre IV intitulé « Des réseaux de distribution commerciale ». Ainsi qu'a pu le préciser le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 août 2015 validant cette disposition, ce texte encadre « les relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les exploitants de commerces de détail affiliés à de tels réseaux »(3). L'ambition première du législateur est de « renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution en facilitant les changements d'enseignes par les magasins indépendants afin d'augmenter le pouvoir d'achat des Français, de diversifier l'offre pour le consommateur dans les zones de chalandise tout en permettant au commerçant de faire jouer la concurrence entre enseignes »(4). On comprend donc immédiatement l'importance de ce texte, dont la conséquence - à défaut d'être la finalité - n'est donc rien de moins que de créer l'ébauche d'un droit spécial des contrats de distribution.

Certes, la volonté de légiférer en ce domaine n'est pas nouvelle. En 2010 déjà, l'Autorité de la concurrence s'était saisie d'office, adoptant le 7 décembre 2010 un avis relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants dans le secteur de la distribution alimentaire(5). L'Autorité y recensait diverses clauses et pratiques, fréquentes dans les contrats de distribution alimentaire, susceptibles d'atténuer l'intensité de la concurrence entre magasins et de dégrader la situation du consommateur. En guise de conclusion, l'Autorité de la concurrence relevait qu'« une intervention du législateur serait sans aucun doute nécessaire pour supprimer ces freins à la concurrence »(6).

L'appel fut entendu dans le cadre du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs du 1er juin 2011, plus connu sous le nom de projet de loi Lefebvre(7). L'article 1er du projet prévoyait déjà la création au sein du livre III du code de commerce d'un titre IV consacré aux réseaux de distribution, comportant sept articles, directement inspirés des recommandations de l'Autorité de la concurrence. Toutefois, faute d'avoir été adopté avant le changement de législature, le projet de loi Lefebvre avait pu sembler définitivement enterré. La loi du 6 août 2015 marque cependant sa résurrection, l'article 31 de

la loi Macron apparaissant, ainsi que l'a souligné la commission spéciale devant le Sénat, comme une « forme condensée »(8) de l'article 1er du défunt projet de loi Lefebvre.

Pourtant, rien de tel ne figurait initialement dans le projet de loi pour la croissance et l'activité, déposé par le ministre de l'Économie le 11 décembre 2014. L'article 31 est, en effet, issu d'un amendement (n° 1681), déposé par le député François Brottes et initialement inséré au sein de l'article 10 A du projet(9). À l'instar de la loi dans son ensemble, ce texte a subi un parcours législatif particulièrement chaotique, révélateur des tensions et controverses qu'il suscite. Après l'adoption de la loi par l'Assemblée nationale en application de l'article 49, alinéa 3, l'article 10 A a été supprimé par le Sénat, suite à la proposition formulée en ce sens par la commission spéciale. Bien que rétabli en nouvelle lecture devant l'Assemblée nationale, le texte l'a été dans une version plus consensuelle, « mieux ciblé[e] et expurgé[e] de ses dispositions les plus contestables »(10), comme l'écrira la commission spéciale avant le second passage de la loi devant le Sénat. C'est finalement ce texte qui sera considéré comme définitivement adopté, les modifications apportées en seconde lecture par le Sénat ayant été rejetées lors de la lecture définitive par l'Assemblée nationale.

Ainsi, le 6 août 2016(11), deux nouveaux articles feront leur apparition dans le code de commerce. Le futur article L. 341-1, dont l'intelligibilité à première lecture est toute relative, précise le champ d'application de ces dispositions tout en imposant un terme identique ainsi qu'une résiliation commune à l'ensemble des contrats d'affiliation conclus entre les mêmes parties, enchevêtrant ainsi notion et régime. L'article L. 341-2 s'intéresse pour sa part aux clauses restrictives de concurrence post-contractuelles, dont il ne fait, pour l'essentiel, que rappeler les exigences de validité classiques. La teneur et le caractère relativement timoré du texte définitif tranchent radicalement avec les débats passionnés qu'a suscités son adoption. Cependant, pour avoir perdu en substance au fil du processus législatif, les futurs articles L. 341-1 et L. 341-2 n'en ont pas pour autant gagné en intelligibilité. En somme, le commentateur éprouve sans doute plus de difficultés à rendre compte clairement de leur champ d'application qu'à dépeindre le régime qu'ils instaurent. À supposer qu'un nouveau contrat d'affiliation voie le jour à l'été 2016, la moindre des difficultés ne sera probablement pas sa qualification, qui retiendra manifestement davantage l'attention que son futur régime.

1.Le nouveau contrat d'affiliation : une définition alambiquée

Le contrat d'affiliation est traditionnellement conçu comme la convention conclue entre un groupement ou une centrale d'achats et les distributeurs du groupe, « par laquelle se trouve recherchée, pour une durée correspondant à l'importance des aides consenties au distributeur par le regroupement, une discipline commerciale des distributeurs désignés alors comme les "affiliés", qui permet d'obtenir des conditions encore plus avantageuses auprès des fournisseurs »(12). Ayant ainsi pour finalité l'adhésion à un regroupement à l'achat, le contrat d'affiliation se distinguerait dès lors des conventions ayant pour objet l'adhésion à un réseau(13), bien qu'elle en demeure le complément naturel. La définition retenue par la loi du 6 août 2015 se veut bien plus large et embrasse, à quelques exclusions près, l'ensemble des techniques permettant l'intégration de commerçants indépendants au sein d'un réseau de distribution. Catégorie vaste aux contours encore mal définis, le nouveau contrat d'affiliation englobe ainsi des figures contractuelles bien connues, telles que la franchise, la concession, la gérance-mandat, la licence de marque ou encore la commission-affiliation. Nouveau contrat nommé, sa qualification est fonction non seulement du contenu de la convention, mais encore de la qualité des parties.

1.1.Les parties au nouveau contrat d'affiliation

1.1.1.L'affiliant

Le champ d'application *ratione personae* s'avère de prime abord très large. Le titulaire du réseau, que l'on nommera peut-être désormais l'« affiliant », est défini comme la personne physique ou morale de droit privé « regroupant des commerçants » ou « mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 [*du code de commerce*] ». Les deux branches de l'alternative visent deux situations juridiquement et économiquement différentes. Le premier terme englobe ainsi les diverses centrales d'achats ou de référencement. Le second cible, quant à lui, les personnes mettant à disposition un nom commercial, une marque ou une enseigne commune, c'est-à-dire toute personne à la tête d'un réseau de distribution. Autant dire qu'au sein d'un même réseau, l'« affiliant » sera bien souvent constitué de plusieurs personnes morales juridiquement distinctes (centrale d'achat et franchiseur par exemple), mais regroupées sous une dénomination et un régime unique par la loi.

Deux exclusions sont toutefois prévues par le texte, qui réserve le cas des personnes mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er} du code de commerce, à savoir les

magasins collectifs de commerçants indépendants et les sociétés de caution mutuelle. Si cette exclusion semble de bon sens et n'appelle pas grands commentaires, il faut en déduire, *a contrario*, que le contrat d'affiliation peut parfaitement être conclu par une société coopérative de commerçants détaillants, le chapitre IV n'étant en rien exclu par le texte, ce qui évite une inopportune distinction entre le commerce intégré et le commerce associé.

1.1.2.L'affilié

L'affilié est, pour sa part, une « personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail ». Cette formule appelle trois remarques. En premier lieu, le texte ne distingue donc pas selon que le distributeur agit pour son compte ou pour le compte d'un tiers, ce qui autorise là encore à placer sous le même étendard des formules juridiques que la jurisprudence s'est pourtant attachée à clairement distinguer.

On remarquera ensuite, à l'inverse, que le texte vise la seule « personne exploitant ». Dans le cas où celle-ci est une personne morale, on peut légitimement s'interroger sur le sort des contrats (cautionnements, pactes d'associés, engagements de non-concurrence) passés entre son dirigeant ou associé majoritaire et la tête de réseau. Une lecture stricte du texte conduirait, en l'état, à leur refuser la qualification de contrat d'affiliation, alors qu'ils participent indéniablement au processus d'affiliation et ont un impact tout aussi contraignant que ceux signés par la personne morale exploitante.

Enfin et plus fondamentalement, sont exclus de la qualification d'affilié au sens de l'article L. 341-1 du code de commerce ceux dont l'activité ne relève pas du « commerce de détail ». Dans le cadre des débats, il avait été imaginé de définir cette notion, au sein de l'article L. 441-7 du code de commerce, comme le « distributeur effectuant pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique »(14). Bien qu'elle n'ait finalement pas été adoptée par le législateur, cette définition peut être retenue, dans la mesure où elle est également celle de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations(15). Échapperont donc sans doute à l'application des futurs articles L. 341-1 et suivants, par exemple, les réseaux de restauration, d'agences de voyages ou d'agences immobilières et plus largement l'ensemble des franchises de services à caractère immatériel ou intellectuel ou de location de matériel (laveries ou vidéothèques)(16). En toute logique, les activités artisanales (pressing, coiffure, esthétique,

cordonnerie, entretien de véhicules) devraient *a fortiori* être exclues, car ne pouvant par essence relever du « commerce », fût-il de détail. Toutefois, pour l'Autorité de la concurrence, ces activités sont « traditionnellement assimilé[e]s à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises »(17). Rien ne dit que cette conception extensive sera partagée par la jurisprudence. L'enjeu est de taille puisqu'il conditionne l'application ou la non-application du texte à des milliers d'exploitants.

Quoi qu'il en soit, le renvoi à la notion de « commerce de détail » accroît considérablement la portée du texte au regard de ce qui était prévu par le projet de loi Lefebvre. En effet, celui-ci, dans le droit fil de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010, se limitait au commerce de distribution à dominante alimentaire. L'élargissement opéré par la loi Macron, de la « distribution alimentaire » au « commerce de détail », assez largement critiqué en l'absence d'étude d'impact, a pu être qualifié par la commission spéciale du Sénat de « saut dans l'inconnu »(18). Il a toutefois été maintenu à l'issue du processus législatif, soumettant ainsi incontestablement au dispositif notamment les magasins de bricolage, d'électroménager, de biens culturels ou encore les distributeurs de carburants et autres opticiens.

1.2.Le contenu du nouveau contrat d'affiliation

Au-delà de ses parties, le contrat d'affiliation est également défini par référence à son contenu ; plus précisément quant à sa finalité d'une part, et quant à ses effets d'autre part. Ainsi que l'indiquait l'exposé des motifs de l'amendement n° 1681, la volonté du législateur est d'appréhender « l'ensemble des contrats liant un commerçant à un réseau »(19). La finalité économique de la convention prime et transcende donc les catégories juridiques, ce dont rend bien compte le vocable relativement flou d'« affiliation ». Le contrat d'affiliation se définit par la logique d'intégration économique verticale du distributeur au sein d'un réseau, qui peut prendre des formes juridiques très diverses, le ciment de l'ensemble contractuel ainsi créé par détermination de la loi étant constitué par sa seule finalité. Le critère retenu par la loi tient à l'objectif de ces contrats, qui doivent avoir « pour but commun l'exploitation [du] magasin » de l'affilié. La référence implicite à la cause du contrat en fera sourire plus d'un, à l'heure où l'enterrement législatif de la notion paraît acté(20). Outre les classiques contrats de distribution, sont ainsi concernés tous les contrats annexes par lesquels s'organise le réseau : contrats d'approvisionnement, de location-gérance, de prêt, de dépôt, pactes d'associés... Le régime juridique de ces contrats différera donc selon qu'ils seront conclus dans le cadre d'une

relation « classique » ou qu'ils s'insèreront dans un processus vertical d'affiliation. À l'inverse, échapperont donc naturellement à cette qualification l'ensemble des contrats passés, en amont, par la tête de réseau, notamment avec ses fournisseurs.

S'agissant des effets du contrat, l'article L. 341-1 précise que, pour relever du régime contraignant des contrats d'affiliation, ces conventions doivent comporter « des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale ». De façon assez singulière, désormais, le contrat d'affiliation se définit donc également par son caractère attentatoire aux libertés économiques de l'affilié. Rares sont, en effet, les réseaux de distribution n'imposant pas à leurs affiliés une obligation d'exclusivité, de quasi-exclusivité, de non-concurrence (contractuelle ou post-contractuelle), ou de non-réaffiliation pour ne citer que les plus courantes. La condition posée par le texte paraît si large qu'elle confine peut-être à la tautologie. Il est permis de se demander si la finalité même du contrat d'affiliation - imposer l'usage d'une enseigne ou rechercher une politique d'achat commune - n'est pas déjà, en soi, porteur d'une limitation de la liberté d'exercice de l'activité commerciale du distributeur. Par ailleurs, l'appréciation du caractère attentatoire à la liberté du distributeur n'a de sens que si elle est effectuée au niveau de l'ensemble contractuel. En d'autres termes, un contrat ne saurait être soustrait au régime des contrats d'affiliation au motif qu'il ne comporte, pris individuellement, aucune limitation de la liberté d'exercice du distributeur, dès lors qu'il s'insère dans un ensemble plus vaste incluant de telles limitations.

Quelques contrats, expressément visés par le texte, échappent néanmoins à la qualification de contrat d'affiliation, bien qu'ils paraissent *a priori* en remplir toutes les conditions. C'est tout d'abord le cas du contrat de bail commercial, qui dispose d'un solide régime légal. Cette exclusion, qui n'a jamais été remise en question au cours du processus législatif, semble de bon sens. Outre le contrat de bail commercial, les contrats d'association et les contrats de société civile, commerciale ou coopérative échappent également au dispositif prévu par l'article L. 341-1. Cette exclusion traduit une véritable volte-face entre l'amendement initial et le texte finalement adopté. En effet, l'amendement déposé par M. Brottes prévoyait tout au contraire l'insertion d'un article L. 341-4 précisant que « les règles statutaires et décisions collectives adoptées conformément aux lois relatives aux associations, aux sociétés civiles, commerciales ou coopératives » ne peuvent contrevenir aux règles régissant les contrats d'affiliation. Cette immunité accordée aux contrats d'association et de société pourrait offrir un moyen fort commode aux têtes de réseaux de contourner les exigences légales. Une telle hypothèse

risquerait de favoriser le recours à des prises de participation minoritaires des « affiliants » au sein du capital des sociétés affiliées, pratique plus connue sous le nom de « franchise participative »(21). Or, cette pratique avait été dénoncée avec force par l'Autorité de la concurrence dans son avis du 7 décembre 2010(22), tant elle constitue probablement un mal pire que ceux contre lesquels le dispositif législatif entend précisément lutter. Une analyse plus approfondie permet toutefois de dissiper partiellement ces craintes. En effet, l'article L. 341-1 précise que seul « le présent article » n'est pas applicable aux contrats de bail commercial, de société ou d'association. Il semble falloir en conclure que ces contrats, lorsqu'ils entrent dans le cadre d'une relation d'affiliation, sont bien soumis au régime posé, notamment, par l'article L. 341-2. Par conséquent, seules les règles relatives aux termes et à la résiliation des contrats d'affiliation leur sont inapplicables. Si une telle interprétation venait à prospérer, loin d'être une exclusion, la précision apportée par l'article L. 341-1, alinéa 3, pourrait se révéler d'une particulière utilité dans la lutte contre la franchise participative, laquelle est souvent contraire au régime des contrats d'affiliation tel qu'il est posé par l'article L. 341-2.

2.Le nouveau contrat d'affiliation : un régime minimaliste

L'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010 ayant enclenché le mouvement législatif identifiait six principales pratiques réputées constituer des freins à la mobilité des affiliés(23) : la multiplicité des documents contractuels et leur décalage dans le temps, des durées d'engagement trop longues, la présence de droits de priorité au profit des groupes de distribution, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles, la présence de droits d'entrée à paiement différé, et, enfin, les prises de participations minoritaires de la tête de réseau au capital de l'affilié conférant une minorité de blocage. Le projet de loi Lefebvre avait pour ambition de légiférer sur l'ensemble de ces pratiques. Plus modeste, l'amendement déposé par M. Brottes dans le cadre du projet de loi Macron avait d'emblée renoncé à légiférer s'agissant des droits de priorité (dont les effets anticoncurrentiels ne sont pas évidents(24)) et des droits d'entrée à paiement différé. La navette parlementaire a encore édulcoré le texte, dont la version finale ne traite plus ni de la question de la durée de la relation ni - à tout le moins de façon explicite - de la franchise participative. Au final, le régime des contrats d'affiliation, réduit à peau de chagrin, se résume à deux règles, qui, à première vue, ressemblent davantage une codification du droit positif qu'une véritable réforme. L'article L. 341-1 pose ainsi le principe d'une échéance unique et d'une résiliation commune à l'ensemble des conventions formant le groupe de contrats, tandis que l'article L. 341-2 rappelle et généralise le régime des clauses restrictives de concurrence post-contractuelles applicable en droit

européen.

2.1.L'exigence d'une échéance unique et d'une résiliation commune

La loi du 6 août 2015 n'a pas repris l'idée du projet de loi Lefebvre imposant l'existence d'une convention unique fixant les obligations des parties du fait de l'affiliation(25). Elle instaure en revanche une indivisibilité entre les différents contrats formalisant la relation d'affiliation : ceux-ci « prévoient une échéance commune » au terme de l'alinéa 1er de l'article L. 341-1 et « la résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats » selon le deuxième alinéa de l'article. La filiation avec les recommandations de l'Autorité de la concurrence est palpable, celle-ci ayant pu estimer que lorsque les différents contrats d'affiliation « sont d'une durée différente et que l'échéance de l'un d'eux n'entraîne pas automatiquement la rupture d'un autre - qui s'accompagne fréquemment du paiement d'indemnités ou/et de l'entrée en vigueur de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation, la durée de la relation contractuelle peut alors être artificiellement prolongée »(26). Le constat ne peut qu'être partagé, y compris semble-t-il parmi les têtes de réseau, dont certaines avaient, dès 2011, pris l'engagement de mettre fin à cette situation(27). À dire vrai, la solution n'est pas inédite et avait depuis bien longtemps été consacrée par la jurisprudence(28). Pour n'être pas révolutionnaire, l'indivisibilité légale ainsi instaurée semble néanmoins porteuse d'une simplification bienvenue. Malheureusement, ces effets bénéfiques sont largement contrebalancés par les zones d'ombre que laisse planer le texte et qui risquent d'alimenter le contentieux. Trois interrogations majeures demeurent en effet quant à la portée du mécanisme ainsi instauré.

On peut en premier lieu s'interroger sur le devenir des contrats d'affiliation à durée indéterminée qui, pour être plus rares que leurs homologues à durée déterminée, n'en existent pas moins. L'exigence légale d'une « échéance », *a fortiori* commune, ne les place-t-elle pas, *de facto*, dans l'illicéité ? Une telle solution serait regrettable, surtout si l'on s'attache à la motivation du législateur, qui a entendu protéger les affiliés d'un éventuel enfermement dont, par hypothèse, un contrat à durée indéterminée les prémunit mieux que nul autre. Sans doute la jurisprudence saura-t-elle dissiper rapidement cette crainte, au prix d'un contentieux dont on aurait pu faire l'économie.

Une interrogation plus fondamentale concerne, en outre, l'alinéa 2 de l'article L. 341-1 qui ne vise que la « résiliation » de l'un des contrats pour lui faire produire un effet identique sur

l'ensemble contractuel. Est-ce à dire, *a contrario*, que la résolution, l'annulation ou la caducité de l'un des contrats d'affiliation est sans incidence sur les autres contrats ? Il y aurait là un net recul de la protection des affiliés, au regard de la jurisprudence en vigueur, en contrariété avec les intentions du législateur. Celui-ci eût probablement été plus avisé de substituer au terme « résiliation » un vocable plus large, tel qu'anéantissement.

L'indivisibilité ainsi instaurée peut enfin faire craindre un troisième effet pervers pour les affiliés exploitant plusieurs magasins sous une même enseigne : la résiliation du contrat d'affiliation pour l'un de ces points de vente impliquerait, selon une lecture littérale du texte, la résiliation de l'ensemble des contrats de l'affilié. Une telle inquiétude avait notamment été exprimée par les concessionnaires automobiles pendant le processus législatif. Sur ce point, le ministre de l'Économie s'est voulu rassurant, affirmant en séance publique au Sénat que « la résiliation peut avoir lieu magasin par magasin, sans pour autant qu'un concessionnaire ou un professionnel de l'automobile soit obligé de dénoncer les contrats pour tout son réseau »(29). Malheureusement, à la lecture du texte, une telle solution ne semble pas aller de soi : une précision jurisprudentielle devra nécessairement conforter la clarification ministérielle. Des interrogations similaires affleurent à la lecture de l'article L. 341-2, qui régit dorénavant les conditions de validité des clauses restrictives de concurrence post-contractuelles.

2.2.L'encadrement des clauses restrictives de concurrence post-contractuelles

Ici encore, le temps et les débats parlementaires ont eu raison de la hardiesse du législateur. À la prohibition de principe et sans exception des clauses restrictives de concurrence post-contractuelles posée par l'amendement Brottes, le texte final a substitué une position plus nuancée. Celle-ci reprend pour l'essentiel ce qui avait été imaginé par le projet de loi Lefebvre et aligne le droit interne sur les exigences du règlement européen n° 330/2010 du 20 avril 2010 (30) relatif aux accords de distribution. La prohibition de principe des clauses restrictives de concurrence post-contractuelles demeure inscrite à l'article L. 341-2, I, mais est immédiatement tempérée par le II du même texte. Ces clauses sont ainsi valables sous réserve de quatre conditions cumulatives : « 1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat [*d'affiliation*] ; 2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat [*d'affiliation*] ; 3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat [*d'affiliation*] ; 4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la

résiliation d'un des contrats [*d'affiliation*] ». En somme, les conditions prévues par le règlement européen d'exemption sont reprises en droit interne et généralisées, quelle que soit la part de marché détenue par le réseau(31).

En dépit des apparences, l'article L. 341-2 réserve cependant probablement bien des surprises et promet aux plaideurs d'intenses débats. Si le régime est mot pour mot calqué sur le droit européen, son champ d'application diffère notablement : là où le règlement d'exemption vise « toute obligation [...] interdisant à l'acheteur [...] de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services », la loi Macron entend encadrer les clauses « ayant pour effet [...] de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant ». L'expression utilisée en droit interne est à l'évidence infiniment plus large que celle employée par le droit européen. Or, mesurer les effets de telle ou telle clause sur la liberté d'exercice de l'affilié relève nécessairement d'une appréciation *in concreto.* On peut avancer sans crainte que les traditionnelles clauses de non-concurrence ou clauses de non-réaffiliation sont incontestablement visées par ce texte. Il est en revanche difficile d'être aussi catégorique concernant une multiplicité de clauses tout aussi fréquentes dans les contrats de distribution : clauses de confidentialité, de non-sollicitation, ou encore de partage du fichier client. Une interprétation par trop extensive de la notion aboutirait à remettre en cause la validité de la plupart de ces clauses, pourtant acquise en jurisprudence, et à bouleverser l'équilibre des contrats d'affiliation. Il en résulterait par ailleurs, sous couvert d'une harmonisation, une dissonance malvenue entre droit interne et droit européen. Poussée à l'extrême, la logique pourrait faire entrer dans le champ d'application de l'article L. 341-2 les pactes de préférence et autres droits de préemption, dont l'Autorité de la concurrence s'était attachée à démontrer, quoique de façon assez contestable(32), les effets restrictifs de concurrence(33). La question est d'autant plus importante que, contrairement à l'article L. 341-1, l'article L. 341-2 est applicable aux contrats d'association ou de société. Sorties par la petite porte à la faveur de l'abandon du projet de loi Lefebvre, les recommandations de l'Autorité de la concurrence en la matière pourraient ainsi signer leur retour à la faveur de la fenêtre entrouverte par le texte. Il appartiendra en réalité aux juridictions - de droit commun cette fois - de peser, pour chaque clause et dans chaque situation, les effets sur la possibilité pour l'affilié d'exercer une activité à l'issue des relations contractuelles. Espérons qu'elles sachent le faire avec mesure. Voilà qui promet en tout cas, une fois encore, de stimulants débats en perspective.

(1) L'AJCA, dans son numéro 10/2015, a consacré un dossier intitulé « Le droit de la concurrence et de la distribution après la loi Macron : changements en vue ». Il est constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Vers un renforcement de la concurrence ? (Transport - professions réglementées), par Linda Arcelin, p. 400;

- L'Autorité de la concurrence transfigurée par la loi Macron, par Jean-Louis Fourgoux, p. 404;

- Loi Macron : toujours plus en « pratiques restrictives », par Gilbert Parleani, p. 407;

- L'ouverture des magasins le dimanche et en soirée, par Alain Souilleaux, p.415.

(2) L. n° 2015-990 du 6 août 2015, JO 7 août.

(3) Décis. n° 2015-715 DC du 5 août 2015.

(4) Exposé sommaire de l'amendement n° 1681 présenté par M. Brottes le 22 janvier 2015.

(5) Aut. conc., 7 déc. 2010, avis n° 10-A-26, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, D. 2011. 540, obs. D. Ferrier; *ibid*. 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

(6) Avis n° 10-A-26, préc., n° 236.

(7) Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, Doc.

AN n° 3508, 1er juin 2011.

(8) Rapport de Mmes Catherine Deroche, Dominique Estrosi-Sassone et M. François Pillet, fait au nom de la commission spéciale, Doc. Sénat n° 370, 25 mars 2015.

(9) Sur lequel V. A Riéra, Avis de tempête sur les réseaux de distribution, AJCA 2015. 100.

(10) Rapport de Mmes Catherine Deroche, Dominique Estrosi-Sassone et M. François Pillet, fait au nom de la commission spéciale, Doc. Sénat n° 541, 23 juin 2015.

(11) L'article 31, II de la loi du 6 août 2015 prévoit, en effet, que ces dispositions entreront en vigueur « à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi ». Le mécanisme initialement imaginé quant à l'application de la loi dans le temps a été, fort heureusement, abandonné.

(12) D. Ferrier et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 7e éd., 2015.

(13) Sur cette distinction, V. C. Raja, Pour un renouveau du contrat d'affiliation, RTD com. 2014. 1.

(14) Texte n° 473 considéré comme adopté par l'Assemblée nationale en application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution le 19 février 2015, art. 10 B.

(15) Aut. conc., Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, n° 80.

(16) *Ibid.*

(17) *Ibid.*

(18) Doc. Sénat n° 370, préc.

(19) Amdt n° 1681, préc.

(20) V. Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; R. Boffa, Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015. Chron. 335.

(21) Sur cette notion, V. not. B. Dondero, L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative, JCP E 2012, n° 46.

(22) Aut. conc., avis n° 10-A-26 du 7 déc. 2010, préc., spéc. n^{os} 178 s. et 230 s.

(23) *Ibid.*, n° 236.

(24) En ce sens, V. not. M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », Rev RLC 2012, hors-série actes du colloque « La franchise : questions sensibles », p. 32.

(25) C. com., art. L. 340-1, II dans le cadre du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, *préc*. (art. 1er).

(26) Aut. conc., avis n° 10-A-26, préc., n° 136.

(27) Aut. conc., 16 déc. 2011, décis. n° 11-D-20 relative à des pratiques mises en oeuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, D. 2012. 577, obs. D. Ferrier.

(28) Civ. 1re, 17 déc. 1991, n° 88-20.406, JCP E 1992. I. 199 ; Paris, 19 mars 1993, RTD civ. 1995. 363, obs. J. Mestre; Gaz. Pal. 27-28 avr. 1994, p. 18, note Veret ; Paris, 17 nov. 1994, *Palvadeau c/ Société Thor et autre*, inédit ; Civ. 1re, 1er oct. 1996, n° 94-18.657, JCP E 1996. Pan. 1172 ; JCP E 1997. I. 617, obs. J.-B. Seube ; D. 1996. 232; RTD com. 1997. 313, obs. B. Bouloc; Civ. 1re, 3 déc. 1996, n° 94-21.775, Rev. sociétés 1997. 550, note Y. Guyon; RTD com. 1997. 478, obs. E. Alfandari JCP 1997. II. 22815, obs. Ph. Reigné ; CCC 1997, comm. 42, obs. L. Leveneur.

(29) Compte rendu intégral, séance du mardi 30 juin 2015, JO Sénat débats, p. 7050.

(30) JOUE, n° L. 102, 23 avr.

(31) La version initiale du texte prévoyait la fixation par décret d'un seuil minimum de chiffre d'affaires en deçà duquel ces dispositions ne seraient pas applicables. Rien de tel ne figure dans la version finale de la loi.

(32) M. Behar-Touchais, « Les obstacles à la sortie du franchisé », préc.

(33) Aut. conc., avis n° 10-A-26, préc., spéc. nos 172 s.