



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit européen des affaires option
juriste franco-allemand
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel
2016**

***Les restrictions verticales sur
Internet en distribution sélective :
pour ou contre ?***

Mathilde Gicquel

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis Vogel
Université Paris II Panthéon-Assas
Institut de Droit comparé**

Résumé :

L'avènement du commerce électronique est un fait marquant de ces dernières années pour l'évolution du droit de la concurrence. De plus en plus de consommateurs achètent en ligne, le nombre de sites Internet n'a cessé de s'accroître et la variété de produits proposés de se diversifier. Au regard de cette fulgurante ascension du e-commerce, il est important de s'interroger sur le cadre juridique offert à ce nouveau mode de distribution devenu un enjeu économique, et ce, en particulier dans un réseau de distribution sélective. En effet, ce canal de vente permettrait de faire baisser les coûts de distribution notamment, mais élargirait aussi considérablement le périmètre géographique des transactions. Si le commerçant est libre d'organiser son propre réseau, ce principe ne vaut que lorsqu'il ne vient pas perturber la concurrence. Bien que le règlement de la Commission européenne n°330/2010 ait donné un cadre aux restrictions verticales, les jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et des États membres sont venues le compléter, notamment avec le célèbre arrêt « Pierre Fabre » rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 13 octobre 2011. Dans cet arrêt, la Cour se demandait si l'interdiction faite aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective de vendre leurs produits sur Internet était une restriction verticale et si oui, s'il y avait d'éventuelles exemptions possibles. En qualifiant une telle restriction de restriction par objet, et en n'admettant que très peu d'exemptions, la Cour a ainsi posé le principe de l'interdiction d'interdire les ventes sur Internet, sans malheureusement analyser les effets anticoncurrentiels d'une telle interdiction. Ce principe pourrait remettre en cause la cohérence des réseaux de distribution et l'existence même du système de la distribution sélective, utilisée notamment dans la distribution des produits de luxe pour protéger l'image de prestige d'une marque et fondé sur l'exclusivité. Il est donc pertinent de s'intéresser au cadre juridique offert à la vente en ligne dans les réseaux de distribution sélective mais aussi de se pencher sur des nouvelles problématiques nées du développement rapide du e-commerce. De nouveaux acteurs viennent aujourd'hui concurrencer la vente traditionnelle, c'est notamment le cas des vendeurs dits « pure players » mais aussi des plateformes tierces.

Sommaire

SOMMAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	5
I. L'INTERDICTION D'INTERDIRE LES VENTES SUR INTERNET EN DISTRIBUTION SELECTIVE : UNE VOLONTE POLITICO-ECONOMIQUE	8
A) L'ESSOR DE L'ECONOMIE NUMERIQUE ET SON IMPACT EN DROITS FRANÇAIS ET ALLEMAND.....	8
B) LE FONDEMENT DE L'INTERDICTION D'INTERDIRE LES VENTES PAR INTERNET EN DISTRIBUTION SELECTIVE : L'ARRET PIERRE FABRE	27
II. LES LIMITES DE L'INTERDICTION D'INTERDIRE LA VENTE PAR INTERNET : L'ADMISSION DE RESTRICTIONS DE LA DISTRIBUTION PAR INTERNET.....	44
A) UNE NECESSAIRE ATTENUATION DE L'INTERDICTION D'INTERDIRE LA VENTE SUR INTERNET	44
B) L'INTERDICTION DES PURES PLAYERS : LA DIVERGENCE DES JUGES ALLEMANDS ET FRANÇAIS	57
CONCLUSION	69

Liste des abréviations

BGH : Bundesgerichtshof – Cour de cassation allemande

BKA : Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence allemande

CA : Cour d'appel

CE : Communauté Européenne

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Court de justice de l'Union européenne

DC : Décision

GRUR: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht -

GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung loi spéciale allemande régissant les restrictions de concurrence

LG: Landgericht – Tribunal de grande instance

NJW: Neue juristische Wochenschrift

NJR RR: NJW-Rechtsprechungs-Report – Journal de jurisprudences allemand

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Économiques

OLG: Oberlandesgericht – Tribunal regional supérieur

TCE : Traité instituant la Communauté Européenne

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

Introduction

Depuis le décret d'Allarde, proclamé par la loi du 2-17 mars 1791 et réaffirmé par l'article 1^{er}, alinéa 1 de la loi Royer, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et celui de la liberté de la concurrence, réaffirmé par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, font partie des principes fondateurs du droit des obligations civiles et commerciales. Ainsi coexistent les principes de la liberté de la concurrence et de liberté contractuelle, consacrée par le code civil¹. Les récentes mutations auxquelles le droit de la distribution a du faire face, engendrées par la libéralisation de la vente sur Internet, offrent ainsi un vaste et nouveau terrain de jeu à la pratique contractuelle². Le développement du commerce en ligne a alors soulevé des questions relatives au droit de la concurrence et au droit de la distribution notamment les réseaux de distribution sélective.

Initialement créée par des parfumeurs, le contrat de distribution sélective avait pour vocation de contourner l'interdiction du refus de vente, considérée jusqu'en 1986 comme un délit pénal³. Vu comme une restriction verticale de concurrence, ce système a finalement été validé par la jurisprudence française⁴ puis européenne⁵ avant d'être pleinement consacrée par un premier règlement d'exemption européen n°2790/1999⁶. Le nouveau règlement d'exemption n°330/2010⁷ encadre aujourd'hui ce système de distribution.

¹ BRUNETTI, « Droit de la concurrence et droit des contrats », p.3 – Site du Réseau Européen Droit & Société/European Network on Law and Society- Disponible sur : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/brunetti.htm>

² P. LEMAY « Les nouvelles pratiques contractuelles des réseaux de distribution Pure players et réseaux de distribution autorisée : les clauses à prévoir » RTD Com. 2015, p. 183

³ C. VILMART « Les nouveaux risques pour la distribution sélective des produits cosmétiques », 20 janvier 2011 La Semaine Juridique Entreprises et Affaires n°3, 1028

⁴ Cour d'appel de Paris, 26 mai 1965, Guerlain

⁵ CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmarkte GmbH & Co (KG), aff. 26/76

⁶ Règlement (CE) n°330/2010 de la Commission européenne 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 – Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32010R0330>

⁷ 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 Disponible sur: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999R2790&from=FR>

La distribution sélective peut être définie comme un système dans lequel un fabricant vend ses produits à un certain nombre de distributeurs sélectionnés selon des critères prédéfinis et non discriminatifs. Elle est souvent utilisée par des marques de produits de luxe puisqu'elle permet de garantir des distributeurs qu'ils respectent l'image de prestige de marque et de se protéger contre des risques de parasitisme, la promotion des produits étant souvent coûteuse.

Le développement de l'économie numérique a fait apparaître de nouveaux acteurs dans l'économie dont des distributeurs opérant en ligne. Pour autant, beaucoup de têtes de réseaux de distribution sélective ont refusé la commercialisation de leurs produits sur Internet notamment pour conserver l'image de prestige de leur marque, l'idée étant que leurs produits ne pouvaient être accessibles à tous. Cependant, les institutions européennes et autorités de concurrence, en faveur d'un développement du commerce électronique, se sont alertées d'une telle interdiction. S'est alors posée la question de savoir si des réseaux de distribution sélective pouvait restreindre le recours à Internet comme point de vente à ses distributeurs. Si l'évolution du e-commerce nécessite la mise en place d'un cadre juridique permettant de protéger à la fois les consommateurs mais aussi les différents acteurs des réseaux de distribution sélective dont les fournisseurs et les distributeurs., la difficulté réside dans le fait de trouver un juste équilibre entre une intervention des autorités de la concurrence trop lourde, qui pourrait remettre en question la liberté des fournisseurs d'organiser librement leurs réseaux de distribution, et une intervention trop timide qui pourrait constituer un obstacle au développement du commerce électronique. Ainsi, il convient de se demander si l'interdiction faite aux distributeurs d'un réseau de distribution sélective de recourir à la vente de produits sur Internet constitue une restriction de concurrence qui pourrait bénéficier d'une exemption. La Cour de justice de l'Union européenne a tranché et pris position pour le système du Click & Mortar dans son arrêt Pierre Fabre⁸ rendu le 13 octobre 2011. En effet, elle a posé le principe de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet dans un contrat de distribution sélective.

⁸ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09

L'arrêt, très sévère pour les fournisseurs, n'admettant des possibilités d'exemption que très réduites, a suscité beaucoup de critiques et inquiété la cohérence de certains réseaux de distribution sélective. En effet, l'arrivée de nouveaux acteurs comme les e-players, vendeurs opérant uniquement en ligne, ou encore le développement de plateformes tierces, inquiètent beaucoup les distributeurs traditionnels.

Pourtant l'Union européenne et les autorités de concurrence française et allemande semblent plus que jamais déterminer à encourager le développement de ce canal de vente qui permettrait notamment de réaliser le marché intérieur.

Faut-il laisser aux têtes de réseaux de distribution sélective la faculté de choisir les canaux de ventes que leurs distributeurs peuvent utiliser ou, au contraire, favoriser le développement du commerce en ligne et obliger les fournisseurs à autoriser l'utilisation d'Internet comme canal de vente par les distributeurs ?

Si la volonté politico-économique européenne, allemande et française de développer le commerce en ligne a conduit à interdire la prohibition des ventes sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective (I), certaines restrictions sont néanmoins nécessairement encore admises (II).

I. L'interdiction d'interdire les ventes sur Internet en distribution sélective : une volonté politico-économique

L'essor de l'économie numérique a eu un impact considérable dans l'Union européenne et ses États membres, conduisant les institutions à instaurer un cadre juridique notamment concernant les ventes réalisées sur Internet dans le cadre de la distribution sélective dont les impacts ne sont pas anodins pour le droit de la concurrence (A). Ce nouveau cadre a conduit à un nouveau principe : l'interdiction posée par la très controversée jurisprudence « Pierre Fabre » de la Cour de justice l'Union européenne : il est interdit d'interdire les ventes sur Internet dans le cadre d'un tel réseau (B).

A) L'essor de l'économie numérique et son impact en droits français et allemand

Le commerce en ligne fait aujourd'hui partie intégrante du paysage économique, il est donc nécessaire de s'intéresser au cadre juridique de la vente en ligne, en particulier dans un réseau de distribution sélective (1). Cette croissance fulgurante de l'économie numérique et l'interdiction de certaines restrictions verticales n'est pourtant pas sans conséquence pour le droit de la concurrence (2)

1. Cadre juridique de la vente en ligne dans un réseau de distribution sélective

La nécessité d'encadrer le système de la vente en ligne a très vite donné naissance à un cadre juridique règlementant le système des ventes en ligne en distribution sélective dont les sources sont très diverses (a) mais quasi-unanimes : l'impulsion de l'Union européenne et de ses États membres a permis aux distributeurs sur Internet de bénéficier d'un cadre de vente très favorable (b).

a) Le système de ventes sur internet en distribution sélective et ses sources

Si le système de la distribution sélective est aujourd'hui défini et ce, également en matière de distribution sur Internet (aa), ses sources sont très diverses et combinent des règles internationales, à des règles issues du droit de l'Union européenne ainsi que des règles issues des systèmes juridiques nationaux des États membres (bb).

aa) Le système de distribution sélective

L'article 1^{er} paragraphe 1 (e) du règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 a défini la distribution sélective comme « *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* »⁹. Ce système est historiquement utilisé dans la distribution des produits de luxe mais aussi dans celle des cosmétiques. Depuis peu, ce système est également de plus en plus utilisé dans la vente des produits électrodomestiques¹⁰.

Plusieurs acteurs interviennent dans ce système de distribution : les fournisseurs produisent les biens, tandis que les distributeurs s'occupent de les distribuer. Enfin, les consommateurs achètent le produit à ces distributeurs. Ainsi, un contrat de distribution sélective permet à un fournisseur d'organiser son réseau de distribution en choisissant ses distributeurs et en limitant leur nombre selon des critères objectifs non discriminatoires.

⁹ Règlement (CE) n°330/2010 de la Commission européenne 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

¹⁰ Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012 Point 277 – Disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12a20.pdf>

Parmi ces critères, le fournisseur doit notamment pouvoir justifier que la qualité des produits approvisionnés implique un tel système et qu'une éventuelle limitation quantitative est justifiée¹¹.

En effet, bien que le fabricant soit en principe libre d'organiser son réseau de distribution comme il l'entend, cette liberté ne pourrait constituer un abus de position dominante ou une entente anticoncurrentielle et violer les règles du droit de la concurrence. Le droit de la distribution est devenu aujourd'hui un véritable outil de régulation de la concurrence et de la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur européen dont le principe est posé à l'article 28 du TFUE. La libre concurrence permet une allocation optimale des richesses et fonde, selon les économistes, l'économie de marché. Ainsi, toute pratique commerciale faussant la concurrence de par son objet ou son effet est donc prohibée notamment par les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)¹².

Pourtant, dès la fin des années 70, la jurisprudence européenne est venue préciser certains aspects d'une telle distribution et s'y est même montrée plutôt favorable. En effet, les arrêts rendus par la Cour de Justice de l'Union Européenne *Métro*¹³ de 1977 et *L'Oréal*¹⁴ de 1980 sont venus apporter des précisions sur cette forme de distribution en l'excluant de l'application des articles 101 et 102 TFUE, ancien article 81 CE lorsque la restriction engendrée par la distribution sélective est justifiée par un caractère qualitatif. Cependant, elle a exclu toute restriction justifiée par des critères de sélection quantitatifs, notamment dans son arrêt *Lancôme contre Etos*¹⁵ en 1980.

¹¹ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 1 p.1 - L. VOGEL et J. VOGEL, « Traité de droit économique », Tome 2 - Droit de la distribution, droits européen et français, Édition LawLex / Bruylant - 2015 n°69 p.145

¹² D. FERRIER « Répertoire de droit européen - Droit européen » Recueil Dalloz Mars 2011 - Actualisé en juin 2015 - p.1

¹³ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmarkte GmbH & Co (KG)*, aff. 26/76 - GRUR Int. 1978, 254 - *Metro I*

¹⁴ CJCE, 11 décembre 1980, *L'Oréal*, aff. 31/80

¹⁵ CJCE, 10 juillet 1980, *Lancôme contre Etos*, aff. 99/79

Plus récemment, la jurisprudence est venue poser le principe de l'interdiction d'interdire la vente sur internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective dans son célèbre arrêt Pierre Fabre¹⁶.

Parallèlement, les jurisprudences nationales allemandes et françaises œuvrent également dans la définition du système. D'ailleurs, dès 2006, le Conseil de la concurrence français s'était déjà prononcé pour l'interdiction de principe de l'interdiction des ventes en ligne¹⁷.

Ainsi, si toute restriction de concurrence verticale, résultant d'accords ou de pratiques entre entreprises non concurrentes visant à créer la fourniture pour l'une et la commercialisation pour l'autre, ou horizontale, résultant d'accords ou de pratiques entre des entreprises concurrentes, qui restreint le jeu de la concurrence peut être condamnée en pratique¹⁸, certaines restrictions verticales sont reconnues positives pour la concurrence et donc acceptées par les autorités de concurrence et exemptées d'interdiction, c'est le cas notamment de certains de ces contrats de distribution sélective.

Si le système de vente dans un réseau de distribution sélective est donc légalement défini aussi bien au niveau national qu'au niveau européen¹⁹, le droit de la distribution a beaucoup évolué au XXIème siècle et bien que les échanges commerciaux aient toujours existé, ils se sont aujourd'hui diversifiés et les acteurs se sont multipliés, notamment avec l'apparition de la société de consommation, des réseaux de la grande distribution, d'Internet et son e-commerce et M-commerce²⁰. Il a donc fallu encadrer les pratiques commerciales afin d'éviter d'éventuels effets anticoncurrentiels liés aux évolutions techniques de la distribution notamment par Internet.²¹ S'est alors posée la question de savoir si la même définition s'applique à cette distribution. La distribution par internet est-elle un cas particulier ? Peut-on appliquer les mêmes règles à ce type de vente que celles appliquées aux ventes traditionnelles ?

¹⁶ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09

¹⁷ Conseil de la concurrence – 5 octobre 2006 – Décision N°06-D-28

¹⁸ CJCE, 13 juillet 1966 Italie contre Conseil et Commission, aff. 32/65, Rec. 563

¹⁹ voir aussi partie I. A) 1. bb)

²⁰ M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la distribution », 3^{ème} édition, Édition Sirey, 2015 p. 1

²¹ M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la distribution », 3^{ème} édition, Édition Sirey, 2015 p. 1

Le commerce sur Internet connaît depuis quelques années un développement fulgurant dans la plupart des secteurs économiques qui se traduit par une augmentation du nombre d'achat par consommateur et par une augmentation du nombre d'acheteurs²². Le rôle d'internet dans le commerce a modifié l'organisation de la distribution en élargissant considérablement le marché et en faisant apparaître de nouveaux acteurs dans la distribution et en obligeant certaines enseignes à utiliser également le canal de la vente par internet et opérer une mutation de leur méthode traditionnelle de vente. Ces distributeurs deviennent alors des distributeurs « click&mortar » disposant à la fois d'un point de vente physique mais également de sites de vente en ligne, par opposition aux pure-players qui ne passent que par le canal de distribution qu'est Internet²³. En effet, alors que la distribution traditionnelle passait systématiquement par des réseaux de distribution, Internet, lui, n'a plus besoin d'intermédiaire et peut ainsi concurrencer le commerce traditionnel²⁴. Comme le note le professeur G. Parléani « *la fonction d'intermédiation, essence du commerce, s'atténue ou s'inverse* »²⁵. Certains fournisseurs ont alors tenté d'interdire la revente sur internet à leurs distributeurs, notamment en imposant une obligation pour le distributeur de disposer d'un point de vente physique.

²² Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012 Point 10 – Disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12a20.pdf>

²³ R. FABRE, P. CHARLES et E. MASSIN, Guide la distribution 2014, Édition LexisNexis - 2014 n°46 et 47 p.16

²⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la distribution », 3^{ème} édition, Édition Sirey, 2015 n° 12 p. 4

²⁵ G. PARLÉANI, Le « petit commerce » au début du XXI^{ème} siècle, dans *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008

Cependant, « *l'évolution n'est pas révolution* »²⁶. Les autorités de concurrence ne voient pas dans le système de distribution par Internet un marché distinct de la distribution traditionnelle et interdisent l'interdiction totale faite par les fournisseurs aux distributeurs de vendre sur Internet. En effet, les règles traditionnelles du droit des obligations s'appliquent aussi bien aux ventes traditionnelles qu'aux ventes sur internet bien qu'on observe la construction d'un droit spécial pour pallier à certains vides juridiques spécifiquement lié au développement du e-commerce, comme par exemple, la notion d'enchères inversées à distance par voie électronique²⁷ désormais encadré par l'article L. 443-2 Code de commerce et introduit par une loi du 2 août 2005²⁸.

bb) Les sources internationales, européennes et nationales sur les restrictions verticales en distribution sélective

Les sources légales, qu'elles soient internationales, européennes ou nationales sont unanimes quant à la nécessité de libéraliser le marché fleurissant du commerce sur internet et offre un cadre juridique très favorable à la vente en ligne en distribution sélective. Parmi les diverses sources du droit de la vente en distribution sélective sur internet, certaines organisations internationales ont réfléchi à la question des nouveaux modes de distribution, notamment dans le cadre des ventes en ligne. Parmi elles, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a contribué en 2013 à l'analyse des outils du droit de la concurrence permettant d'appréhender les restrictions verticales dans la vente en ligne dans le cadre d'une table ronde consacrée à ce mode de distribution spécifique. L'OCDE s'est notamment demandé quelle était l'incidence du commerce électronique sur la concurrence.

Elle a également analysé la jurisprudence mondiale actuelle et comparé la réglementation européenne à la réglementation américaine beaucoup plus souple tenant plus compte notamment de l'économie de l'offre²⁹.

²⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la distribution », 3^{ème} édition, Édition Sirey, 2015 n° 12 p. 4

²⁷ M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la distribution », 3^{ème} édition, Édition Sirey, 2015 n° 12 p. 4

²⁸ Loi du 2 août 2005 n°2005-882, article. 52

²⁹ Table ronde sur les restrictions verticales dans la vente en ligne – Note de Paolo Buccirossi, 11 Septembre 2013, DAF/COMP(2013)1 – Organisation de Coopération et de Développement Économiques

En effet, pour beaucoup d'économistes américains de l'École de Chicago et partisans de la règle de raison (Rule of reason), certaines restrictions verticales sont favorables à la concurrence puisqu'elles feraient baisser les prix et assureraient une meilleure qualité³⁰. Il faut donc les apprécier au cas par cas pour déterminer leur gravité.

Sur le plan européen, le droit de l'Union européenne reste la part la plus importante des sources concernant les restrictions verticales dans la vente en ligne. En effet, dans leur mouvement d'harmonisation du droit des contrats dans l'Union européenne, les institutions européennes ont instauré un cadre de la vente et des règles de concurrence que doivent respecter toutes les entreprises exerçant au sein du marché intérieur européen.

L'article 101, paragraphe 1er TFUE pose le principe que les ententes restreignant la concurrence de par leur objet ou leur effet dans le marché intérieur sont prohibées. Tous les accords pouvant entraver la concurrence sont donc interdits. Cependant, les institutions européennes ont souhaité s'insérer dans une approche du droit plus économique et ont ainsi voulu intégrer l'analyse économique des effets de certains accords dans certaines règles de droit. Ainsi, certaines restrictions de concurrence sont exemptées d'une telle réglementation : certains comportements restrictifs à la concurrence sont appréciés de manière favorable par les autorités de la concurrence et peuvent être ainsi autorisés et ce, par l'application de l'article 101, paragraphe 3 TFUE. Inspirée par le Livre vert sur la politique de concurrence et les restrictions verticales datant du 22 janvier 1997, la Commission européenne a mis en place des règlements d'exemption pour certains accords de distribution comme les accords d'exclusivité ou de franchise.

Dès 1999, la distribution sélective, jusqu'alors considérée comme restriction par objet influençant la concurrence sur le marché commun³¹, a donc bénéficié d'un règlement d'exemption.

³⁰ D. FERRIER « Répertoire de droit européen - Droit européen » Recueil Dalloz - Mars 2011 - Actualisé en juin 2015 - p.2

³¹ CJCE, 25 octobre 1983, AEG-Telefunken/Commission, Aff/ 107/82

Aujourd'hui, le règlement 330/2010 du 20 avril 2010, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010 ainsi que ses lignes directrices du 19 mai 2010 règlementent les accords d'achat ou de vente verticaux entre les entreprises et assouplissent le contrôle des restrictions caractérisées³² anciennement régies par le règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999³³. Ainsi, elle a également défini ces accords et les règles auxquelles ils sont soumis. Ces Lignes directrices du 19 mai 2010 sur les restrictions verticales peuvent être appréciées comme un mode d'emploi destiné aux entreprises pour s'assurer de leur compatibilité avec le droit de la concurrence³⁴. Ce sont les seules traitant directement de la vente sur Internet considérée comme un moyen « passif » de vente.

Selon ces lignes directrices, la distribution sélective ne relève pas de l'article 101 Paragraphe 1^{er} TFUE si elle respecte trois conditions. Premièrement, une telle restriction peut être justifiée par la nature du produit et à l'exigence d'en préserver sa qualité ou son bon usage. Les distributeurs doivent être également choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative, fixés de manière uniforme pour tous, non discriminatoires et portés à la connaissance de tous les fournisseurs potentiels. Enfin, ces critères doivent être proportionnés et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire³⁵. Outre ces règlements issus des institutions européennes, l'apport de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne a également été considérable. La Cour a notamment apporté des précisions quant à l'application des règles juridiques en matière de contrats de distribution sélective et quant à l'appréciation des clauses formant ces contrats notamment avec ses arrêts Métro³⁶ de 1977 et l'Oréal³⁷ de 1980.

³² D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, Droit de la concurrence, 2^{ème} édition LexisNexis - 2015 n°297 p.289

³³ 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

³⁴ L. VOGEL « Traité de Droit économique » Tome 1 Droit de la concurrence – Droit européen et français - p. 1396 points 784 et suivants Édition LawLex / Bruylant 2014 - 1^{ère} édition

³⁵ Point 175 Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010 – Disponible sur : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=FR)

³⁶ CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmarkte GmbH & Co (KG), aff. 26/76

³⁷ CJCE, 11 décembre 1980, L'Oréal, aff. 31/80

Enfin, les sources nationales ont instauré un cadre juridique qui reprend la lettre de l'article 101 TFUE. Tandis qu'en France l'article L420-1 du Code de commerce interdit les ententes tout en exemptant certaines si certaines conditions décrites à l'article L420-4 du Code de commerce sont remplies, une loi spéciale contre les restrictions de concurrence allemande, *das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung* (GWB) pose dans son premier article le principe d'interdiction des ententes, principe nuancé par la possibilité d'exemption sous certaines conditions décrites dans son article deux³⁸.

Dans les deux systèmes de droit, les jurisprudences respectives sont également venues étoffer ces sources législatives. Par exemple, dès 1982, la Cour de cassation française offrait une définition du contrat de distribution sélective.

Selon elle, c'est un contrat par lequel « *le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçant qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée, et par lequel le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents.* »³⁹

De plus, dans ces deux systèmes, les autorités de concurrence nationales respectives, l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt, œuvrent également beaucoup et parfois ensemble pour faciliter l'interprétation de ces articles et leur application. Le 18 septembre 2012, l'Autorité de la concurrence française consacrait un avis sur le fonctionnement concurrentiel du commerce électronique et décrivait notamment le développement des réseaux de distribution sélective et leurs conditions de vente en ligne⁴⁰.

Le Bundeskartellamt a fait de même et a rendu un avis le 10 octobre 2013 sur les restrictions verticales dans l'économie numérique⁴¹.

³⁸ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 6 p.2

³⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 3 novembre 1982 n°82-90522

⁴⁰ Points 270 et suivants - Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012 - Disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12a20.pdf>

⁴¹ Avis du Bundeskartellamt « Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie » Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 10 octobre 2013, , Disponible sur : http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20%20Vertikale%20Beschränkungen%20in%20der%20Internetökonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Enfin, le législateur français œuvre également sur les évolutions et les enjeux du droit face à Internet. En 2014, un rapport d'information sur le développement de l'économie numérique française est par exemple sorti dans lequel deux députées se sont interrogées sur les défis du numérique et le cadre juridique actuel⁴².

Ainsi, si les réglementations sont issues de plusieurs sources nationales, européennes et internationales, toutes se rejoignent sur un point : les ventes sur internet ne peuvent être totalement interdites dans le cadre d'un réseau de distribution sélective.

b) Une volonté politique affirmée du développement du commerce en ligne

Ce cadre juridique très favorable offert aux distributeurs d'un réseau de distribution sélective a été rendu possible sous l'impulsion des institutions européennes (aa) ainsi que les institutions nationales (bb), dont les volontés étaient unanimes quant à la nécessité développer le e-commerce.

aa) Une volonté européenne

Le développement fulgurant du e-commerce a propulsé l'Union européenne au rang de numéro 1 du commerce en ligne avec pour pays leaders l'Allemagne, le Royaume-Uni et la France⁴³. Cette évolution du droit de la distribution peut être expliquée par l'approche très libérale dont bénéficie le commerce électronique dont le développement est encouragé par les institutions européennes.

⁴² C. ERHEL et L. DE LA RAUDIÈRE - Rapport d'information sur le développement de l'économie numérique - n°1936 Assemblée nationale- 14 mai 2014

⁴³ A. TERCINET « Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir – Les restrictions à la vente en ligne imposées aux distributeurs : l'approche européenne » Lamyline – Revue Lamy de la concurrence – 2014

Dès les années 2000, la Commission européenne considérait déjà l'interdiction de vente sur Internet faite dans un réseau de distribution comme une restriction caractérisée au sens du règlement 2790/1999⁴⁴ dans ses Lignes directrices du 13 octobre 2000⁴⁵ relatives aux restrictions verticales ainsi que dans une affaire B&W Loudspeaker⁴⁶.

Un an plus tard, la Commission réitérait sa volonté d'encourager la diffusion d'Internet comme canal de vente dans l'affaire Yves Saint Laurent : « *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 moyen moderne de communication et de commercialisation En particulier, elle considère l'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*⁴⁷ ».

Cela s'inscrit dans la politique de libre échange de l'Union européenne. Les biens et marchandises doivent pouvoir circuler librement au sein du marché intérieur européen sans restriction selon l'article 28 TFUE. Développer le e-commerce c'est aussi développer le marché intérieur prévu⁴⁸ : ce canal stimulateur de ventes augmente les possibilités d'achats transfrontaliers et intègrent les marchés. Les institutions européennes ont alors commencé à apprécier les restrictions verticales sous l'influence de l'analyse économique dès le Livre vert sur la politique de concurrence et les restrictions verticales le 22 janvier 1997.

Aujourd'hui, cette approche se retrouve notamment dans les règlements d'exemption « nouvelle génération » qui ont opéré une « révolution générale »⁴⁹, notamment le 330/2010 qui se montre favorable à certaines restrictions verticales ainsi que ses lignes directrices du 19 mai 2010.

⁴⁴ Article 4 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

⁴⁵ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 - Disponible sur : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32000Y1013\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32000Y1013(01))

⁴⁶ Affaire B&W Loudspeakers, Communiqué de presse de la Commission IP/02/916 - 24 juin 2002

⁴⁷ Affaire Yves Saint Laurent, Communiqué de la Commission IP/01/713 - 17 mai 2001

⁴⁸ L. VOGEL - La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre - Réseaux de distribution et droit de la concurrence - 14 décembre 2011 - Concurrence n°1/2012

⁴⁹ L. et J. VOGEL - Aspects économiques des relations fournisseurs- distributeurs - Le droit de la concurrence et le droit de la distribution prennent ils suffisamment en compte l'analyse économique des restrictions verticales ? Concurrence N°1/2011

En effet, dès le point 52 de ces Lignes directrices, Internet est décrit comme un « *instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de ventes traditionnelles*⁵⁰ ». Dans ces lignes, la Commission européenne confirme son choix du modèle click & mortar, modèle dans lequel les distributeurs peuvent vendre sur Internet à la condition qu'ils disposent également d'un point de vente physique. Ce qui exclue, pour l'instant, les pure players, distributeurs seulement présents sur le canal de vente par Internet. Elle a donc choisi un compromis entre la vente uniquement en magasin physique et la vente uniquement sur Internet. Le mouvement général est donc très favorable au e-commerce. Plus récemment, l'arrêt fondateur Pierre Fabre⁵¹ a pourtant concrétisé l'interdiction d'interdire la vente sur Internet en privilégiant une analyse classique consistant à analyser la restriction indépendamment d'une analyse de ses effets. Elle a cependant confirmé la volonté des institutions européennes à développer plus encore le canal de vente par Internet.

bb) Une volonté nationale

Cette volonté européenne se greffe à une volonté nationale. A côté des règles issues du droit de l'Union européenne, les États membres ont également encadré les réseaux de distribution sélective de façon à encourager la vente sur Internet parfois même au-delà du compromis proposé par les Lignes directrices de 2010⁵². En effet, la pratique décisionnelle est parfois plus rigoureuse que celle prévue par les textes issus du droit de l'Union européenne.

En France et en Allemagne, les autorités de concurrence ont chacune rendu des avis favorables à ce canal de vente et œuvrent ensemble pour empêcher toute restriction de concurrence dans ce domaine.

⁵⁰ Point 52 Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010

⁵¹ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09

⁵² J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne » p.1 - Disponible sur : http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Reden/Joseph%20Vogel%20-%20Les%20restrictions%20verticales%20dans%20la%20vente%20en%20ligne.pdf?__blob=publicationFile&v=2

En effet, les deux autorités de concurrence travaillent parfois ensemble pour construire un cadre juridique favorable aux ventes sur Internet, elles ont d'ailleurs organisé une journée de la concurrence pour discuter des enjeux du système de distribution sélective dans le e-commerce en 2014⁵³. Parallèlement, le Bundeskartellamt avait déjà rendu un avis sur les restrictions verticales dans l'économie numérique le 10 octobre 2013 dans lequel il déclarait vouloir garantir l'ouverture des marchés sur le canal de vente qu'est Internet et empêcher toute restriction de concurrence qui viendrait entraver le développement du e-commerce.⁵⁴ Dans son avis 12-A-20 du 18 septembre 2012⁵⁵, l'Autorité de la concurrence avait également fait part de sa volonté de développer les ventes sur Internet. Elle partait d'ailleurs du principe que le e-commerce est un facteur de concurrence qui favorise la diminution des prix et encourage les fournisseurs à développer le canal de la vente en ligne.

Cette analyse a pu être critiquée, notamment en raison du fait qu'elle n'étudie que certains secteurs et que sa démonstration sur la diminution des prix n'est, selon certains, pas complètement probante⁵⁶.

Outre cet avis, l'Autorité de la concurrence française, l'une des premières à rendre des décisions relatives au développement du commerce en ligne,⁵⁷ a déjà condamné les restrictions aux ventes sur Internet depuis quelques années.

⁵³ 6ème Journée franco-allemande de la concurrence - Les restrictions verticales dans la vente en ligne - Programme disponible sur : http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sonstiges/Deutsch-Franzoesischer-Wettbewerbstag-2014-Programm.pdf?__blob=publicationFile

⁵⁴ Avis du Bundeskartellamt « Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie » Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 10 octobre 2013

⁵⁵ Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012

⁵⁶ A. TERCINET « Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir - Les restrictions à la vente en ligne imposées aux distributeurs : l'approche européenne » Lamyline - Revue Lamy de la concurrence - 2014 - Point 56

⁵⁷ Point 377 - Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012

Dès 2006 elle déclarait dans sa décision Festina France que « *chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire la publicité ou vendre ses produits* »⁵⁸ avant d'interdire pleinement l'interdiction d'user du canal de la vente en ligne dans le premier arrêt de la saga Pierre Fabre en 2008 confirmé 5 ans plus tard par la Cour d'appel de Paris par un arrêt du 31 janvier 2013⁵⁹.

Enfin, l'Assemblée nationale française s'intéresse également beaucoup au développement du e-commerce, elle a d'ailleurs publié un rapport sur le développement de l'économie numérique française dans lequel elle déclare essentielle la conversion numérique des entreprises de la distribution⁶⁰.

Cependant, si la volonté de développer le e-commerce est très présente dans les deux systèmes, certaines questions restent non tranchées en France comme en Allemagne. La question de l'interdiction des marchés électroniques ou des plateformes de vente est notamment encore très débattue et ce, particulièrement en Allemagne.

⁵⁸ Décision du Conseil de la concurrence, Festina France, 24 juillet 2006 – DC n° 06-D-24

⁵⁹ Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2013 (n° 2008/23812) - Disponible sur : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/2013/13_03/arret_caparis310113.pdf

⁶⁰ C. ERHEL et L. DE LA RAUDIÈRE - Rapport d'information sur le développement de l'économie numérique – n°1936 Assemblée nationale- 14 mai 2014 p.33

2. L'impact d'un tel système en droit de la concurrence

A propos de l'interdiction d'interdire les ventes sur Internet posée par l'arrêt Pierre Fabre⁶¹, l'avocat Joseph Vogel a déclaré « *Le droit de la concurrence semble avoir repris ici à son compte l'un des slogans de mai 68 : il est interdit d'interdire et l'a appliqué aux ventes par internet* »⁶². L'incidence d'une telle contrainte dans les réseaux de distribution sélective n'est pas pour autant neutre pour le droit de la concurrence.

Comme le note Alain Minc, financier et écrivain : « *Internet accélère l'avènement de la société de marché, avec une poussée violente de concurrence et de compétition*⁶³ ». Il est donc important de s'interroger sur le périmètre de l'interdiction d'interdire les ventes sur Internet (a) ainsi que ces enjeux et impacts économiques: un tel système permettrait notamment à certaines entreprises de se protéger contre le parasitisme et la contrefaçon (c). L'interdiction d'interdire la vente sur Internet pourrait remettre en cause l'existence même du système de distribution sélective. De plus, ce système se heurte aux questions de l'élargissement et le développement des places de marchés (b) ainsi que des rémunérations différenciées et des prix duals (d). Les enjeux d'une telle interdiction ne sont donc pas anodins.

a) Le périmètre de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet

L'impact de ce système doit être appréhendé à la lumière de son périmètre. Plus ce dernier est grand, plus l'impact sera important. Bien que l'arrêt Pierre Fabre interdise toute clause interdisant aux distributeurs de vendre sur Internet dans un réseau de distribution sélective considérant qu'elle constituerait une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101 Paragraphe 1 TFUE, l'arrêt offre toutefois des exceptions la règle et ce, sous certaines conditions décrites à l'article 101 Paragraphe 3 TFUE. En premier lieu, la Cour de justice de l'Union européenne précise qu'un réseau de distribution sélective peut constituer une restriction par objet.

⁶¹ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09

⁶² J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne » p.6

⁶³ A. MINC., « *Www.capitalisme.fr* », Édition Grasset, 2000

Pour éviter d'être caractérisé de restriction, il faut qu'il ait pour objectif d'améliorer la concurrence si celle-ci ne s'exerce pas que sur les prix. De plus, ce système doit être organisé selon des critères objectifs qualitatifs appliqués de façon non discriminatoire et qu'il est nécessaire en raison des propriétés du produit en cause⁶⁴. En l'espèce, la Cour réfute l'argument de la société Pierre Fabre lequel justifiait l'interdiction de vendre sur internet par l'objectif de préservation de l'image de prestige des produits en cause. Dans un second temps, la Cour évoque également la possibilité pour l'accord de bénéficier d'une exemption individuelle par catégorie (prévue par l'article 2 de l'ancien règlement 2790/1999, devenu 330/2010) dont les conditions d'application sont très strictes.

Ainsi, le périmètre de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet semble être très large et les justifications d'une telle interdiction pour bénéficier d'une exemption semblent être très difficiles à rapporter. Cependant, si le droit de l'Union européenne semble être très strict, la Cour d'Appel de Paris s'est montrée plus souple dans l'arrêt *Bang & Olufsen*⁶⁵ qui pourrait réduire le champ de l'interdiction d'interdire sur Internet en prenant en compte la nature complexe des produits vendus⁶⁶.

b) La question de l'élargissement des places de marché

Se pose également la question des plateformes tierces⁶⁷, « marketplace » de vente en ligne. Ce sont des plateformes permettant à des sites Internet la possibilité de référencer les produits qu'ils vendent. Le périmètre de l'interdiction s'étend-il à ces canaux de ventes ? Un fournisseur peut-il interdire à ses distributeurs de recourir à des sites de comparateurs de prix, d'enchères en ligne ? Les lignes directrices du 19 mai 2010 accompagnant le règlement 330/2010 précisait dans son point 52 que le fournisseur pouvait exiger que ses distributeurs respectent des normes et conditions pour utiliser internet comme canal de distribution notamment pour recourir à des plateformes tierces.

⁶⁵ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, *Bang & Olufsen*

⁶⁶ L. Vogel « Distribution sélective – Interdiction de vente sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective : une nouvelle évolution depuis l'arrêt Pierre Fabre ? » Blog Vogel & Vogel – 18 mars 2014

⁶⁷ voir aussi partie II. B/ 1. b)

Cependant, son point 54 est ambigu : « *Les fabricants peuvent imposer des normes aux sites internet de distribution de leurs produits comme ils le feraient pour les points de vente physiques, qu'ils peuvent subordonner la distribution sur Internet à la détention d'un magasin traditionnel et que, si le recours aux plateformes est possible, ce peut être à la condition que le consommateur ne transite pas par une page contenant la marque ou le logo de la plateforme. En clair la plateforme est niée comme vecteur commercial autonome de rencontre entre l'offre et la demande* ». ⁶⁸ L'interdiction d'interdire couvre t-elle également ces places de marché ?

La jurisprudence allemande en la matière est floue : si certains jugent acceptent du fournisseur une telle interdiction⁶⁹, d'autres la considèrent comme une restriction de concurrence... ⁷⁰ Pourtant, dans des arrêts récents, le Bundeskartellamt, Autorité de la concurrence allemande s'est montrée très sévère à l'encontre des fabricants et a interdit l'interdiction de recourir à des plateformes de ventes en ligne dans ses décisions Asics⁷¹ et Adidas⁷².

Dans l'attente d'une décision de la Cour suprême allemande, la doctrine admet cependant que toute restriction au commerce en ligne y compris celle imposée aux plateformes est risquée compte tenu du mouvement actuel de protection du e-commerce⁷³.

En France, bien que l'avis du 18 septembre 2012 relatif au commerce électronique⁷⁴ de l'Autorité de la concurrence accepte toute revente sur de telles plateformes tierces quand ces dernières ont la capacité de respecter les critères qualitatifs des produits. La vente sur plateforme est alors autorisée quand la qualité et l'identité des distributeurs peut être garantie.

⁶⁸ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010

⁶⁹ OLG Karlsruhe, Arrêt du 25 novembre 2009 – 6 U 47/08 – Schulranzen ; OLG München, Arrêt du 02 Juillet 2009 – U (K) 4842/08 Internetauktionenplattformen

⁷⁰ LG Berlin, Arrêt du 24 juillet 2007 – 16 O 412/07 Kart – Scout I, KG Berlin, Arrêt du 19 septembre 2013 – 2 U 8/09 ; LG Kiel, Arrêt du 8 novembre 2013 – 14 O 44/13

⁷¹ Bundeskartellamt, 26 août 2015, Asics - B2-98/11

⁷² Bundeskartellamt, 27 juin 2014, Adidas – B2-137-12

⁷³ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 17 p.6

⁷⁴ Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012

Pour autant, les décisions Samsung rendues par l'autorité de la concurrence le 23 juillet 2014⁷⁵ puis le 24 juin 2015⁷⁶ n'ont pas directement tranché la question qui reste ainsi en suspend tant qu'elle n'aura pas été jugée par la Cour de justice de l'Union européenne. L'impact de cette interdiction d'interdire le recours à de telles marketplaces pourrait avoir un impact considérable pour les fabricants.

c) La protection contre certains actes de concurrence déloyale

Si ces plateformes renforcent la concurrence en simplifiant l'entrée des marchés du commerce électroniques et en simplifiant la rencontre de l'offre et de la demande, elles pourraient porter également atteinte à l'image de la marque du fabricant et accentuer des actes de concurrence déloyale⁷⁷. En effet, la distribution sélective permet aux fournisseurs de se protéger contre certains actes de concurrence déloyale dans une certaine mesure et ce, surtout dans l'industrie du luxe. En choisissant ses distributeurs le fournisseur s'assure du respect de certains critères qualitatifs dans la vente de ses produits qui permettent de conserver les caractéristiques des produits de luxe : l'image de prestige ainsi que la rareté du bien vendu⁷⁸.

De plus, cela limite les risques de contrefaçon. L'interdiction d'interdire la vente sur Internet pourrait également accroître les risques de parasitisme : en effet, les distributeurs seulement présents sur Internet pourrait profiter de l'image de la marque, des investissements des distributeurs des points de vente physiques et ce, sans avoir investi pour. Selon le Conseil de la concurrence, le parasitisme est « *le fait pour une entreprise de tirer bénéfice des actions ou des efforts engagés par une autre, sans en partager les coûts* »⁷⁹. Finalement, ce mode de distribution par Internet pourrait donc avoir un effet négatif à la fois pour les fournisseurs mais également pour les consommateurs, moins bien conseillés.

⁷⁵ Autorité de la concurrence, 23 juillet 2014, Décision n°14-D-07

⁷⁶ Autorité de la concurrence, 24 juin 2015, Décision n°15-D-11

⁷⁷ C. BREL - AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2014 p. 308 – « Les plateformes électroniques et la vente de produits bénéficiant d'une distribution sélective »

⁷⁸ A. Gauberti – Article sur Village de la justice « Pourquoi la distribution sélective a du sens pour une maison de luxe ou de mode premium ? » 22 octobre 2014

⁷⁹ Conseil de la concurrence, 24 juillet 2006, Décision n°06-D-24

d) La question des rémunérations différenciées, système de double prix

Enfin, parmi les enjeux de l'autorisation totale de la vente en ligne pour les distributeurs se trouve la question des rémunérations différenciées et des prix duals. Pour « décourager » certains distributeurs à vendre sur Internet et rémunérer les investissements des distributeurs en magasin physique, les fournisseurs ont eu parfois tendance à fixer des prix plus élevés pour les produits destinés à être vendus en ligne.

De plus, ils ont eu tendance à verser des redevances aux distributeurs utilisant les magasins physique pour les encourager et les soutenir face aux dépenses auxquelles les distributeurs en ligne n'auraient pas à faire face. Cela semble toutefois légitime de pouvoir rémunérer les services liés à la distribution physique, plus couteuse. Pourtant, selon la Commission européenne, limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en lui imposant des prix plus élevés lorsqu'il se destine à la vente sur Internet constitue une restriction de vente passive caractérisée. Cependant, la Commission autorise l'attribution d'une redevance fixe qui ne varierait pas en fonction du chiffre d'affaire réalisés réalisé hors ligne dont le but est de soutenir les efforts de vente qu'elle soit effectué en ligne ou dans un magasin physique⁸⁰. Elle exclue donc ainsi toute possibilité de mettre en place un système de double prix selon le canal de vente ainsi que les rémunérations différenciées.

Si l'Allemagne a pris position en interdisant la pratique des doubles prix, dans des arrêts⁸¹ et dans l'avis rendu par le Bundeskartellamt du 10 octobre 2013⁸², la France semble avoir pris une position plus souple et les autorise par application des articles 101 Paragraphe 3 TFUE et L-420-4 du Code de commerce. En outre, elle autorise les rémunérations différenciées quand celles-ci peuvent être justifiées. Cependant, on peut s'interroger sur la « légitimité » de la Commission et des autorités de concurrence nationales à intervenir en matière de rémunération quand celles-ci peuvent être justifiées objectivement et restent proportionnées.

⁸⁰ Point 52 (d) Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010

⁸¹ Communiqués de presse du Bundeskartellamt du 28 novembre 2013 et 23 décembre 2013

⁸² Avis du Bundeskartellamt « Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie » Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 10 octobre 2013

En effet, la volonté d'encourager la vente sur Internet ne pourrait pour autant justifier la réglementation administrative⁸³.

Ainsi, la vente en ligne sur Internet dans le cadre de réseaux de distribution sélective soulève de nombreuses questions et son impact est non négligeable.

Bien que ce canal de distribution puisse donc parfois soulever des questions relatives à l'organisation des réseaux et la protection de ses acteurs, les institutions européennes et nationales ont réaffirmé leur volonté de développer ce canal délaissant parfois l'analyse économique des restrictions verticales⁸⁴ comme le montre l'arrêt « Pierre Fabre » qui pose le principe de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet⁸⁵.

B) Le fondement de l'interdiction d'interdire les ventes par internet en distribution sélective : l'arrêt Pierre Fabre

Si l'interdiction d'interdire les ventes par Internet dans un réseau de distribution sélective ne fait plus de doute depuis l'arrêt Pierre Fabre⁸⁶ (1), le fondement de cet arrêt demeure controversé (2).

1. L'arrêt Pierre Fabre, fondateur de l'interdiction d'interdire les ventes par internet en distribution sélective

La Cour de justice de l'Union européenne est venue clore le débat sur les ventes sur Internet dans les réseaux de distribution sélective en rendant l'un des derniers arrêts de la saga Pierre Fabre. Après avoir compris les faits de l'arrêt et énoncé les arguments propres à chaque partie (a), il est intéressant de se pencher sur la question de la portée de l'arrêt (b).

⁸³ J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne » p.6

⁸⁴ L. et J. VOGEL – Aspects économiques des relations fournisseurs- distributeurs – Le droit de la concurrence et le droit de la distribution prennent ils suffisamment en compte l'analyse économique des restrictions verticales ? Concurrence N°1/2011

⁸⁵ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09

⁸⁶ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09

a) Les faits de l'arrêt Pierre Fabre

Dès 2006, l'ancien Conseil de la concurrence français, devenu l'Autorité de la concurrence se penchait sur la question de la licéité de pratiques courantes dans la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Parmi les entreprises concernées par l'enquête de l'Autorité de la concurrence se trouvait la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. La société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique fabrique et commercialise des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sur le marché français, dont elle détenait 20% des parts en 2007, et sur le marché européen et ce, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective. Parmi ses conditions générales de vente, la société Pierre Fabre imposait notamment que la vente ne soit réalisée que dans un espace physique sous la présence d'une personne diplômée en pharmacie. Indirectement, cela revenait donc à interdire aux distributeurs du réseau toute vente sur Internet.

Pour se justifier, la société Pierre Fabre invoquait l'argument selon lequel la vente dans un espace physique permettrait la lutte contre le parasitisme et la contrefaçon et garantirait également la préservation de l'image de prestige de la marque. De plus, la nature des produits de soin impliquerait le besoin d'un service de conseil personnalisé permettant un meilleur bien-être du consommateur et ce, grâce à la présence d'un diplômé en pharmacie.

Si par une décision du 8 mars 2007⁸⁷, l'Autorité de la concurrence acceptait les engagements des entreprises du secteur concernées, elle a continué à analyser les pratiques de la société Pierre Fabre.

Finalement, le 29 octobre 2008⁸⁸, l'Autorité de la concurrence déclarait que l'interdiction de vente par internet dans un contrat de distribution sélective faite par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS était une limitation de la concurrence contraire à l'ancien article 81 Paragraphe 1 du CE, devenu l'article 101 Paragraphe 1 TFUE ainsi que de l'article L420-1 du Code de commerce. De plus, selon elle, une telle restriction ne pouvait bénéficier d'une exemption par catégorie. En effet, selon elle, la possibilité de vendre sur Internet ne serait que bénéfique pour le consommateur.

⁸⁷ Conseil de la concurrence, 8 mars 2007, DC n° 07-D-07

⁸⁸ Conseil de la concurrence, 29 octobre 2008, DC n°08-D-25

Après avoir écarté l'argument avancé par la société Pierre Fabre invoquant la lutte contre la contrefaçon et le parasitisme, l'Autorité écartait également celui de la nécessité pour le client de pouvoir bénéficier des conseils d'un diplômé en pharmacie se référant à la jurisprudence européenne *Deutscher Apothekerverband*⁸⁹. L'Autorité de la concurrence a alors condamné la société Pierre à verser une amende de 17 000€ et lui a demandé d'enlever de ses contrats de distribution toute clause qui viendrait limiter à ses distributeurs de vendre sur Internet.

En réponse à cette décision, la société Pierre Fabre a alors introduit un recours en annulation et en réformation devant la Cour d'appel de Paris, soutenant qu'une telle restriction pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie prévue à la fois par l'article 81 Paragraphe 3 CE et par le règlement 2790/1999, pourtant muet concernant les ventes sur Internet.

La Cour d'appel de Paris, influencée par l'intervention de la Commission européenne⁹⁰ le 15 juin 2009 usant de sa qualité d'*amicus curiae* conféré par l'article 15 Paragraphe 3 du règlement 1/2003⁹¹, a alors sursis à statuer par un arrêt du 29 octobre 2009⁹² et posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

La question, en réalité composée de trois questions, était celle de savoir si une telle clause empêchant la distribution sur Internet contenue dans un contrat de distribution sélective constitue une restriction de concurrence « par objet » au sens de l'article 81 Paragraphe 1 CE (devenu l'article 101 Paragraphe 1 TFUE) et si oui, si la dite clause pourrait alors bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement 2790/1999 ou de l'exemption prévue par l'article 81 Paragraphe 3 (devenu l'article 101 Paragraphe 3 TFUE) ?

⁸⁹ CJUE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, aff. C-322/01

⁹⁰ L. VOGEL – La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre – Réseaux de distribution et droit de la concurrence – 14 décembre 2011 – Concurrence n°1/2012

⁹¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité – Disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2003.001.01.0001.01.FRA&toc=OJ:L:2003:001:TOC

⁹² Cour d'appel de Paris, 29 octobre 2009, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (SAS)*

Concernant la qualification de la clause comme restriction de concurrence « par objet », la Cour rappelle que selon une jurisprudence constante, il faut prendre en compte la nécessité de considérer la teneur de la dite-clause et ses objectifs selon le contexte économique dans lequel elle est appliquée⁹³.

Puis la Cour rappelle les conditions pour qu'un accord de distribution sélective soit conforme à l'article 101 Paragraphe 1⁹⁴ : il faut que les distributeurs soient choisis sur la base de mêmes critères objectifs de caractère qualitatifs qui ne soient pas discriminatoires et que les propriétés du bien distribué nécessite un tel système. Elle reconnaît que les distributeurs du réseau de distribution sélective mis en place par la société Pierre Fabre sont choisis sur la base de critères objectifs répondant à un but qualitatif. Pour autant, selon la Cour, fournir un conseil personnalisé au client et s'assurer de sa protection en ce sens qu'il utilise correctement des produits non soumis à une prescription médicale (médicaments ou lentilles de contacts) ne justifient pas une telle interdiction. Elle rappelle à cette occasion ses précédentes jurisprudences allant dans ce sens⁹⁵. De plus, elle rejette l'argument de la société Pierre Fabre avançant que la clause litigieuse était justifiée par un objectif de protection de l'image de prestige. Elle conclue ainsi au point 47 de l'arrêt qu'une telle clause n'est pas objectivement justifiée par la société Pierre Fabre comme le demande notamment le point 60 des lignes directrices du 19 mai 2010. La Cour rappelle cependant qu'il appartient à la juridiction de renvoi, en l'occurrence la Cour d'appel de Paris, d'analyser si la clause interdisant la vente par Internet peut être justifié par un objectif légitime.

Puis, la Cour répond à la deuxième branche de la question concernant l'éventuelle possibilité d'une exemption. Dès le point 49, la Cour rappelle la possible application de l'exemption prévue par l'article 101 Paragraphe 3 TFUE qui permet à un contrat de bénéficiaire, à titre individuel, d'échapper à la qualification de restriction verticale de concurrence.

⁹³ CJUE, 6 octobre 2009, Arrêt GlaxoSmithKline Services e.a./Commission aff. C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P et C-519/06P – et - Point 35 CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09

⁹⁴ CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmarkte GmbH & Co (KG), aff. 26/76 et CJCE, 11 décembre 1980, L'Oréal, aff. 31/80

⁹⁵ CJUE, 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband, aff. C-322/01 et CJUE, 2 décembre 2010 Ker-Optika, aff. C-108/09

Cependant, elle indique ne pas disposer de suffisamment d'informations pour répondre à la question de savoir si le contrat de distribution répond aux conditions précis par l'exception légale.

Enfin, la Cour rejette la possibilité pour le contrat de distribution mis en place par la société Pierre Fabre de bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement 2790/1999 dans son point 58. En effet, bien que la part de marché de la société Pierre Fabre ne dépasse pas le seuil légal de 30%, la clause, en restreignant les ventes passives ne pourrait être exemptée par le règlement 2790/1999 et par application de l'article 2 du règlement 19/65 qui exclue certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves sur le marché indépendamment de la marché de marché des entreprises concernées⁹⁶. En effet, la vente de ces produits sur Internet ne représente pas une opération réalisée hors d'un lieu d'établissement autorisé selon l'article 4, sous c) du règlement 2790/1999⁹⁷ et la notion de « lieu d'établissement » ne pourrait être interprétée de façon extensive.

Finalement, la Cour d'appel de Paris, juridiction de renvoi, a rejoint la position de la Cour de justice de l'Union européenne très favorable aux distributeurs sur Internet en répondant à la question d'une éventuelle application de l'exception légale prévue par l'article 101 Paragraphe 3 TFUE dans un arrêt rendu le 31 janvier 2013⁹⁸ par la négative. Après avoir vérifié l'absence de concurrence de concurrence réelle dans le secteur, la Cour d'appel de Paris a constaté qu'une telle clause limitait la concurrence entre les distributeurs en les empêchant notamment de vendre à des clients éloignés de la zone géographique des points de vente. De plus, selon la Cour d'appel, les clients éloignés ne pourraient comparer les prix.

Ainsi, la Cour d'appel déclare qu'une clause interdisant aux distributeurs d'un réseau de distribution sélective d'utiliser le canal de vente d'internet pour distribuer certains produits de marque est contraire au droit de la concurrence.

⁹⁶ Règlement (CE) n° 19/65 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 – Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A31965R0019>

⁹⁷ 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

⁹⁸ Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2013 (n° 2008/23812)

b) Portée de l'arrêt

La Cour de justice de l'Union européenne confirme le principe s'inscrivant dans la volonté de développer le e-commerce auparavant développé au point 52 des lignes directrices du 19 mai 2010 : celui de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet. Ainsi, une clause restreignant la commercialisation de produits sur le canal de vente par Internet ne peut bénéficier d'une exemption par catégorie prévue par le règlement 2790/1999 devenu aujourd'hui le règlement 330/2010. À titre individuel, le contrat pourrait bénéficier de l'exception prévue par l'article 101 Paragraphe 3 TFUE si la Cour d'appel de Paris jugeait que les conditions d'exemption étaient réunies. Cependant, il est désormais clair que dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, un fournisseur de produits cosmétiques ne peut interdire à ses distributeurs d'utiliser Internet comme canal de vente. Une clause restreignant la vente par Internet constitue une restriction de concurrence par « objet », pratique anticoncurrentielle susceptible d'être sanctionnée.

En excluant la justification de la fourniture de conseil personnalité au client, pouvant, selon elle, être fournie sur Internet et celle de la préservation de l'image de prestige des produits, la Cour rejette ainsi l'application d'une exemption par catégorie du règlement 2790/1999 et remet en cause la cohérence de beaucoup de contrats réseaux de distribution sélective. Elle rejoint l'avis de l'Avocat Général M. Jan Mazak qui, dans les points 39 à 41 de ses conclusions⁹⁹, rejette les arguments tirés de la contrefaçon et du parasitisme.

En ce qui concerne la possibilité d'exempter certains accords verticaux dans des réseaux de distribution sélective, celle-ci semble extrêmement difficile à obtenir. Si l'exemption individuelle de l'article 101 Paragraphe 3 TFUE n'est pas rejetée d'office, ses conditions semblent très difficile à remplir. Un dernier espoir repose dans la possibilité d'une exemption eue égard aux propriétés des produits en cause.

⁹⁹ Conclusions de l'Avocat Général M. Jan Mazak présentées le 3 mars 2011 dans l'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques SAS - Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62009CC0439>

Cependant, les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour d'appel de Paris accordent une « faveur » aux fournisseurs et ne remettent pas en cause la possibilité pour les fournisseurs de réserver la vente par Internet aux seuls membres agréés du réseau de distribution sélective qui disposent de points de vente physiques. En laissant aux fournisseurs la possibilité d'exclure les pure players de leurs réseaux, les deux juridictions optent pour le système du Click & Mortar, système dans lequel la distribution des produits peut être réalisée par un magasin physique et par Internet. Le système de distribution sélective n'est ainsi pas entièrement remis en cause.

Récemment, un arrêt de la Cour d'appel de Paris semble cependant avoir été plus loin que les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne et par la Cour d'appel de Paris. Par un arrêt du 2 février 2016,¹⁰⁰ la Cour d'appel a rejeté la demande de la société Caudalie fabricant et distributeur de produits cosmétiques au sein d'un réseau de distribution sélective, pour violation de son réseau de distribution internet et l'a condamné, pour avoir « empêcher » l'entrée dans son réseau au distributeur eNOVA Santé qui propose une plateforme internet « 1001Pharmacies » pour vendre des produits cosmétiques et ainsi restreint la concurrence de façon caractérisée.

2. Un fondement controversé

L'arrêt Pierre Fabre rendu par la Cour de justice de l'Union européenne et confirmé par la Cour d'appel de Paris a été controversé. Son approche a pu être jugée trop « formaliste » notamment dans sa caractérisation de la restriction par objet (a). De plus, on ne laissant aux fournisseurs que d'un système d'exemption très sévère, l'interdiction d'interdire la vente sur Internet est devenue presque absolue (b).

¹⁰⁰ Cour d'appel de Paris, 2 février 2016, eNOVA Santé / Caudalie

a) Une approche formaliste : la restriction par objet

Si l'arrêt Pierre Fabre ne laisse pas de doute quant à la qualification d'une interdiction d'interdire la vente par Internet de restriction par objet (aa), son raisonnement est un peu déroutant (bb). De façon très classique, les juges de la Cour de justice de l'Union européenne interdisent une telle restriction a priori sans même s'intéresser aux éventuels effets positifs en pratique.

aa) La notion de restriction par objet

La notion de restriction par objet est relativement jeune en droit de la concurrence¹⁰¹. La notion de restriction par objet présente des particularités et est de plus en plus utilisée par les autorités de concurrence parfois même de façon abusive. Elle s'applique à des comportements qui sont jugés si graves que, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et son arrêt Grundig contre Consten de 1986¹⁰², leur seul objet constitue une restriction de la concurrence et ce, sans qu'il n'y ait besoin d'analyser les effets concrets¹⁰³. Elle a été décrite dans les Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000¹⁰⁴ puis développée pour la première par la jurisprudence européenne en 2008¹⁰⁵ Si elle était originellement limitée à la qualification d'accords horizontaux, elle s'est finalement également exportée aux accords verticaux¹⁰⁶.

Pour qualifier une pratique de restriction par objet, il faut qu'elle soit, en premier lieu, susceptible de produire des effets négatifs sur le marché et sur les objectifs de la politique de concurrence de l'Union européenne par son seul objet. De plus, ce doit être une restriction « par nature » qui est évidente ou flagrante.

¹⁰¹ L. VOGEL « Une nouvelle venue sur la scène du droit de la concurrence : la restriction par objet »- Contrats Concurrence Consommation n°5, Mai 2015, Dossier 2 Point 0 - Sommaire

¹⁰² CJCE, 13 juillet 1986, Grundig contre Consten, aff. 58/64

¹⁰³ D. FERRIER, « Interdiction de revente sur Internet : première manche ? » Recueil Dalloz 2013, p.887

¹⁰⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 - Disponible sur: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32000Y1013\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32000Y1013(01))

¹⁰⁵ CJUE, 20 novembre 2008, Beef Industry, aff. C-209/07

¹⁰⁶ L. VOGEL « The recent Application of European Competition Law to Distribution Agreements : A Return to Formalism ? » - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, N°6 - p.455

Ainsi, la présomption de sa nocivité pour la concurrence vient de sa seule gravité sans qu'il n'y ait besoin de mener un examen approfondi. Cette gravité est déduite de l'expérience¹⁰⁷. Quand la restriction est décrétée être par objet, l'examen approfondi des effets de la restriction n'est pas nécessaire, sa seule qualification permet aux autorités de concurrence de s'émanciper d'apporter la preuve des effets anticoncurrentiels en pratique¹⁰⁸. La Commission a dégagé trois restrictions par objet dans ses Lignes directrices de la Communication des accords d'importance mineure¹⁰⁹ : « *Les trois restrictions classiques « par objet » dans les accords sont les accords fixation de prix, de limitation de la protection et de la répartition du marché (géographique, de produits et de clientèle)* »¹¹⁰ et ce, pour « *aider les entreprises, la communication (concernant les accords d'importance mineure) est accompagnée d'un document de travail des services de la Commission présentant les restrictions de concurrence qui sont considérées comme des restrictions par objet* »¹¹¹

Si pour ces accords, les possibilités exemptions sont en principe écartées, ces Lignes directrices précisent cependant que si un tel accord tombe sous le coup de l'article 101 Paragraphe 1 TFUE, les parties peuvent toujours démontrer que l'accord remplit les conditions d'exemptions prévues par l'article 101 Paragraphe 3 TFUE bien qu'elles reconnaissent que de telles restrictions par objet ne remplissent, en pratique, que très rarement ces conditions¹¹².

¹⁰⁷ L. VOGEL « Une nouvelle venue sur la scène du droit de la concurrence : la restriction par objet »- Contrats Concurrence Consommation n°5, Mai 2015, Dossier 2 Point 12

¹⁰⁸ M. CHAGNY « Il est raiment interdit d'interdire la vente en ligne aux distributeurs agréés ! » Communication Commerce électronique n°2, Février 2013, comm. 15 Point 22

¹⁰⁹ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis), du 30 août 2014, C 291/01

¹¹⁰ Citation d'origine « *The three classical "by object" restrictions in agreements between competitors are price fixing, output limitation and market sharing (sharing of geographical or product markets or customers)* » - Lignes directrices sur les accords d'importance mineure p. 5 disponibles en anglais sur : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf

¹¹¹ Communiqué de presse de la Commission européenne, 25 juin 2014 Ententes et abus de position dominante: la Commission adopte une version révisée des règles relatives aux «zones de sécurité» pour les accords d'importance mineure («communication de minimis»)

¹¹² Citation d'origine : « *The fact that an agreement contains a restriction « by object », and thus falls under Article 101(1) of the Treaty, does not preclude the parties from demonstrating that the conditions set out in Article 101(3) of the Treaty are satisfied. However, practice shows that restrictions by object are unlikely to fulfil the four conditions set out in Article 101(3)* » - Lignes directrices sur les accords d'importance mineure p.4

A la question de savoir si de telles restrictions peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie prévue par les règlements d'exemption, les Lignes directrices concernant les restrictions verticales du 19 mai 2010 précisent que si les accords verticaux bénéficient normalement d'une présomption de légalité, une telle présomption ne pourrait être accordée lorsqu'ils comportent une restriction caractérisée par objet¹¹³.

bb) L'application de la notion de restriction par objet dans l'arrêt Pierre Fabre

Dans l'arrêt Pierre Fabre, alors que la Cour de justice de l'Union européenne précisait au tout début de son raisonnement que pour caractériser une restriction par objet, il était nécessaire de l'analyser dans son contexte, de considérer la teneur de la dite-clause et de ses objectifs selon le contexte économique dans lequel elle est appliquée et selon les propriétés des produits concernés. Pourtant, les juges ne semblent pas respecter cette analyse par la suite. En effet, ils qualifient la dite clause de restriction par objet excluant ainsi toute analyse des réels effets de la clause et condamne ainsi le système interdisant la vente sur Internet. Pourtant, il est rare de voir des restrictions verticales qualifiées de restrictions par objet et notamment en matière de restriction des ventes en ligne qui impliquent une analyse économique¹¹⁴. Cette qualification de restriction par objet a été vivement critiquée dans la doctrine. En effet, en l'espèce, l'expérience ne montre pas qu'une telle restriction est en permanence condamnée par la jurisprudence¹¹⁵.

Pour justifier une telle qualification, les juges de la Cour d'appel de Paris cite l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne AEG-Telefunken/Commission du 25 octobre 1983¹¹⁶ qui dit que sans justification objective, les accords de distribution sélective influencent nécessairement la concurrence du marché commun et sont donc à considérer comme restriction par objet.

¹¹³ Point 10 du Préambule - Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010

¹¹⁴ L.VOGEL « Une nouvelle venue sur la scène du droit de la concurrence : la restriction par objet »- Contrats Concurrence Consommation n°5, Mai 2015, Dossier 2 Point 21

¹¹⁵ J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne » p.1

¹¹⁶ CJCE, 25 octobre 1983, AEG-Telefunken/Commission, Aff/ 107/82

La distribution sélective qualitative dont les critères sont objectifs et nécessaires à la bonne commercialisation des produits échappe pourtant à l'application de l'article 101 Paragraphe 1 TFUE depuis l'arrêt Oméga rendu par la Commission européenne en 1970¹¹⁷. Ainsi une telle interdiction dans un réseau de distribution sélective est-elle réellement suffisamment nocive pour être qualifiée de restriction par objet ? La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt de renvoi¹¹⁸, laisse douter de la véritable gravité de la restriction.

En effet, lors de l'examen du contexte juridique et économique, la Cour d'appel déclare que: « *la concurrence intermarques apparaît vive en raison notamment du nombre de concurrents et de la nature des produits (...) de nouvelles marques (ont) pu conquérir en quelques années des parts de marchés significatives*¹¹⁹ », puis, elle réfute l'idée d'une concurrence intra-marque malgré les 23000 distributeurs physiques de la société Pierre Fabre...

Le règlement d'exemption 330/2010 sur les restrictions verticales met pourtant en avant le fait qu'un affaiblissement de la concurrence intra-marque est généralement compensé par une croissance de celle inter-marque : « *Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité 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 vente* »¹²⁰

De plus, puisque dans le marché de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseil d'un pharmacien au niveau national, l'ensemble des concurrents de la société Pierre Fabre, soit 80% de parts de marché, autorise la vente sur Internet, et puisque les distributeurs n'ont pas d'obligation d'exclusivité, libres à eux de commercialiser les autres marques sur Internet¹²¹.

¹¹⁷ Commission européenne, Omega, 28 octobre 1970

¹¹⁸ Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2013 (n° 2008/23812)

¹¹⁹ Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2013 (n° 2008/23812) p.9

¹²⁰ Règlement (CE) n°330/2010 de la Commission européenne 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 – Point 6 Préambule

¹²¹ D. FERRIER, « Interdiction de revente sur Internet : première manche ? » Recueil Dalloz 2013, p.887 et L. VOGEL « Une nouvelle venue sur la scène du droit de la concurrence : la restriction par objet »- Contrats Concurrence Consommation n°5, Mai 2015, Dossier 2 Point 21

L'analyse économique peut paraître quasi-inexistante. Sans analyser les effets, difficile pour la Cour d'appel de juger de la réelle concurrence... En effet, à aucun moment la Cour d'appel ne procède à une analyse des effets de la clause litigieuse interdisant la distribution par le canal d'Internet. Ainsi, le comportement a été sanctionné alors qu'il n'apparaissait pas directement comme restrictif de concurrence¹²². Les juges font de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet une interdiction presque per se sans s'intéresser aux éventuels bénéfices que la restriction pourrait apporter en pratique à l'économie.

Ce raisonnement s'émancipe totalement de la position américaine qui applique la règle de raison, « Rule of reason », aux restrictions verticales aux ventes sur Internet prenant en compte l'économie et offrant ainsi plus de liberté aux fournisseurs. Cette règle permet notamment d'atténuer les restrictions de concurrence : en appréciant la gravité d'une restriction au regard de l'économie de l'offre, en mettant notamment en faisant prévaloir la concurrence inter-marque à la concurrence intra-marque¹²³, les juges américains semblent être beaucoup plus sensibles aux effets positifs que peut apporter un tel système de restriction dans la concurrence.¹²⁴ De plus, dans l'arrêt Metro¹²⁵, que la Cour de justice de l'Union européenne cite pourtant dans l'arrêt Pierre Fabre, le juge de l'Union européenne appliquait pourtant cette règle de raison à la distribution sélective en n'apportant néanmoins pas d'analyse économique approfondie.

Ainsi, bien qu'une telle restriction puisse être objectivement justifiée eu égard aux propriétés du produit, il est regrettable de se borner à un tel formalisme juridique. D'autant plus qu'en l'espèce, aucune justification permettant une exemption n'a été reçue par les juges de la Cour de justice de l'Union européenne comme par les juges de la Cour d'appel de Paris. Cette « justification objective » ne serait-elle finalement pas une réplique des exceptions à la libre circulation des marchandises ?¹²⁶

¹²² L. VOGEL « The recent Application of European Competition Law to Distribution Agreements : A Return to Formalism ? » - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, N°6 – p.455

¹²³ Cour Suprême des États-Unis - Arrêt Khan, 522 US 3 (1997)

¹²⁴ J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne » p.1

¹²⁵ CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmarkte GmbH & Co (KG), aff. 26/76

¹²⁶ Voir partie I. B) 2. b)

b) L'impossible système d'exemptions

Si le principe de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective établi par l'arrêt Pierre Fabre n'est pas absolu, ses possibilités d'exemption semblent néanmoins difficile à mettre en œuvre. Seules une justification objective eu égard aux propriétés des produits ou une exemption individuelle pourraient, aux yeux de la Cour de justice de l'Union européenne justifier une telle restriction.

aa) L'étroite admission de justifications objectives

A la question de savoir si une clause interdisant l'accès au canal de vente par Internet peut être objectivement justifiée et ainsi bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par les textes européennes, la Cour de justice de l'Union européenne rappelle dans le point 47 de l'arrêt Pierre Fabre 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. »*

Parmi les justifications objectives « acceptables », il semblerait que seuls l'ordre public ou la protection de la santé publique pourraient justifier une telle restriction. Ces justifications sont pourtant plus connues comme celles justifiant des restrictions de la libre circulations des marchandises prévue par la règle de raison de l'article 36 TFUE : *« Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique (...) »*.

Pourtant, les juges européens n'hésitent pas à utiliser la notion pour rejeter les arguments avancés et déclarent au point 44 de l'arrêt 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.* »¹²⁷ Il faudrait donc justifier une telle clause par une législation visant à protéger l'ordre ou la santé publique. La Cour n'est néanmoins pas la première à opérer cette « erreur »: lors de son intervention devant la Cour d'appel de Paris¹²⁸ avant que ne soit posée la question préjudicielle, la Commission européenne avait déjà opéré cette confusion¹²⁹. La volonté de développer le e-commerce pour développer le libre échange transparaît dans cette confusion: le juge ne s'intéresse plus à la concurrence.

Fidèle à sa volonté de développer le canal de la vente par Internet, la justification qu'avancait la société Pierre Fabre sur la nécessité de la présence d'une personne diplômée en pharmacie pour conseiller les clients est écartée, notamment car les produits vendus en question ne sont pas soumis à une prescription médicale¹³⁰. La Cour se montre donc au contraire très optimiste quant aux conseils dispensés en ligne¹³¹. Quant aux justifications tenant à la conservation de l'image de prestige des produits, la Cour se montre tout aussi sceptique et écarte également l'argument de la société Pierre Fabre¹³². C'est pourtant presque la raison d'exister des réseaux de distribution sélective. Comment justifier l'existence d'un réseau de distribution sélective par l'ordre public ? Cela semble impossible¹³³.

¹²⁷ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09 - Point 44

¹²⁸ Cour d'appel de Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (SAS)

¹²⁹ L. VOGEL – La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre – Réseaux de distribution et droit de la concurrence – 14 décembre 2011 – Concurrence n°1/2012

¹³⁰ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09 – Point 44

¹³¹ D. FERRIER, « Interdiction de revente sur Internet : première manche ? » Recueil Dalloz 2013, p.887

¹³² CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09 - Point 46

¹³³ A. TERCINET « Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir – Les restrictions à la vente en ligne imposées aux distributeurs : l'approche européenne » Lamyline – Revue Lamy de la concurrence – 2014 point 37

En excluant toute justification objective de la clause restrictive litigieuse, la Cour de justice de l'Union européenne exclue l'éventuelle exemption par catégorie prévue par l'ancien règlement 2790/1999¹³⁴. Ainsi, elle rejette les arguments avancés par la société Pierre Fabre qui soutenait qu'une telle clause pouvait être justifiée par le besoin de préserver l'image de prestige des produits vendus mais également la nécessité de pouvoir conseiller de façon personnalisée les clients. Elle laisse ainsi peu d'espoir à l'admission d'une justification objective par les juges pour une restriction semblable.

bb) L'hypothétique exemption individuelle

Concernant la question d'une possibilité d'exemption individuelle, la Cour de justice de l'Union européenne rappelle au point 48 de l'arrêt Pierre Fabre qu'une telle exemption doit remplir les quatre conditions posées par l'article 101 Paragraphe 3 TFUE. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne, estimant ne pas disposer d'éléments suffisants pour apprécier ces conditions¹³⁵, laisse cet examen à la Cour d'appel de Paris. Dans l'arrêt de renvoi, la Cour d'appel de Paris procède donc à l'évaluation des conditions de l'exemption individuelle posées par l'article 101 Paragraphe 3 TFUE.

En premier lieu, la Cour d'appel rejette l'argument de la société Pierre Fabre qui avançait qu'une telle interdiction pouvait être assimilée à celle admise pour la vente par correspondance, le site internet n'étant pas un lieu d'établissement au sens propre et ne porte ainsi pas atteinte à l'exclusivité territoriale.¹³⁶

Concernant le risque de contrefaçon évoqué par la société Pierre Fabre, la Cour d'appel de Paris se montre sévère : elle considère en effet que rien ne prouve qu'une telle restriction éviterait un risque de contrefaçon ou qu'une vente par Internet augmenterait ce risque. Quant au risque de parasitisme, elle estime qu'il n'y a pas de preuve rapportée de façon concrète sans preuve de gain d'efficacité notamment.

¹³⁴ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09 – Point 58

¹³⁵ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09 – Point 50

¹³⁶ Commission européenne, 16 décembre 1991, Yves Saint Laurent, Déc. N°92/33/CEE

La Cour admet seulement un risque de «*passager clandestin*» qui ne pourrait avoir seulement qu'une portée limitée¹³⁷. Ainsi, elle rejette l'idée du parasitisme notamment des services de conseils fournis, coûteux pour les points de vente physiques. Elle refuse d'admettre qu'un consommateur pourrait, en règle générale, profiter des conseils fournis dans un magasin traditionnel, un point de vente physique pour aller acheter par la suite par Internet.

A propos de la délivrance de meilleurs conseils aux consommateurs grâce à la présence d'un diplômé en pharmacie et une amélioration de la distribution, la Cour estime que de tels conseils peuvent être aussi offerts par le canal de la vente par Internet. De plus, elle priverait les consommateurs du libre choix du mode d'acquisition des produits et de la possibilité de comparer les prix. De plus, cela les empêcherait d'acquérir les produits lorsqu'ils sont éloignés de la zone géographique du magasin physique¹³⁸. La place du consommateur final ainsi que sa situation géographique semblent être au cœur des préoccupations de la Cour pour qui l'objectif d'intégration économique apparaît clairement¹³⁹.

Les arguments de la Cour paraissent parfois légers mais amènent un même constat : aucune justification, aucun gains d'efficacité avancés par la société Pierre Fabre ne sont retenus par la Cour. Ainsi, une exemption individuelle permise par l'application de l'article 101 Paragraphe 3 TFUE semble, encore une fois, très difficile à faire accepter.

¹³⁷ Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2013 (n° 2008/23812) p.21

¹³⁸ D. FERRIER, « Interdiction de revente sur Internet : première manche ? » Recueil Dalloz 2013, p.887

¹³⁹ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 8 p.3

Les juges européens et nationaux ont tranché pour le développement encore plus poussé du e-commerce : ils ont vu dans ce canal de vente un moyen d'animer la concurrence, de développer le marché commun et d'harmoniser les prix, de permettre aux consommateurs d'avoir un meilleur accès aux produits vendus et à de nouveaux services, comme par exemple l'avis d'autres internautes. Enfin, les juges y ont également vu un avantage pour les acteurs des réseaux de distribution sélective qui peuvent désormais accéder à une clientèle absente de leur zone de distribution géographique physique¹⁴⁰.

Pourtant, ne serait-ce pas une interdiction un peu extrême ? En effet, les possibilités d'exemption semblent très étroites et il semble presque impossible de réunir les conditions pour justifier une restriction des ventes par le canal d'Internet. Cela remet presque en cause l'existence même du système de distribution sélective. Pourtant, de telles restrictions peuvent être favorables à l'économie et à la concurrence. Les problématiques soulevées par une telle interdiction appellent à une atténuation nécessaire.

Heureusement, certaines modalités de vente sont toutefois reconnues aux fournisseurs des réseaux de distribution sélective et certains arrêts récents, dont l'arrêt *Bang & Olufsen* rendu par la Cour d'appel de Paris le 13 mars 2014¹⁴¹ laissent espérer une meilleure appréciation des effets d'une telle restriction et d'une plus grande tolérance des juges, en l'espèce de l'Autorité de la concurrence française. De plus, le fait que les autorités de concurrence aient, pour l'instant, opter pour le système du *Click and Mortar* limite la toute puissance de l'interdiction d'interdire les ventes sur Internet, notamment en ce qui concerne les pure players.

¹⁴⁰ J.VANARD « Les acteurs de la distribution en ligne » point 8 Colloque, Concurrences n°4/2010

¹⁴¹ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, *Bang & Olufsen*

II. Les limites de l'interdiction d'interdire la vente par Internet : L'admission de restrictions de la distribution par internet

Les ventes par Internet en matière de distribution sélective disposent désormais d'un cadre juridique très contraignant pour les têtes d'un réseau de distribution sélective : une atténuation de cette interdiction serait souhaitable et certaines Autorités de concurrence l'ont bien compris (A). D'autres modalités de ventes par Internet font néanmoins encore débat en France comme en Allemagne comme le cas des pure players ou plateformes tierces, l'issue de ces questions pourrait avoir une importance décisive pour l'avenir du système de la distribution sélective (B).

A) Une nécessaire atténuation de l'interdiction d'interdire la vente sur internet

Bien que certaines modalités de régulation des ventes sur Internet soient admises, le principe d'interdiction d'interdire la vente par Internet a reçu des critiques de la part du monde juridique mais aussi du monde économique (1). Heureusement, la jurisprudence récente de la Cour d'appel de Paris laisse espérer une atténuation de l'interdiction de principe d'interdire les ventes sur Internet (2).

1. Une sévérité critiquable du point de vue du droit de la concurrence et de l'économie assouplie par certaines modalités de vente

La prohibition de l'interdiction des ventes sur Internet a reçu un accueil mouvementé de la doctrine, notamment en raison des éventuels effets négatifs qu'elle pourrait avoir sur la concurrence et l'économie (a). Pour autant, le fournisseur d'un réseau de distribution sélective peut encore réguler certaines modalités de ses ventes par Internet (b),

a) Des éventuels effets négatifs sur la concurrence et l'économie

Le choix opéré par les jurisprudences européennes et nationales et conforté par les institutions de restreindre l'admission des restrictions verticales sur Internet dans les réseaux de distribution sélective est discutable du point de vue du droit de la concurrence mais également du point de vue économique, notamment parce qu'il condamne un mode de distribution qui n'est pas forcément négatif pour la concurrence. Ce choix traduit la volonté de développer le commerce électronique, parfois au détriment de la liberté économique des opérateurs. Il convient cependant de se demander si « trop » restreindre la liberté des fournisseurs d'organiser leur réseau de distribution sélective comme ils l'entendent, notamment en leur interdisant la prohibition des ventes sur Internet, est un choix judicieux. Quel intérêt reste-t-il pour le système de la distribution sélective et ses fournisseurs ? Le formalisme opéré par les jurisprudences Pierre Fabre ne pourrait-il pas, au contraire, restreindre la concurrence au lieu de l'ouvrir ?

En premier lieu, il convient de s'interroger sur la légitimité des autorités de concurrence à agir en faveur d'un seul et même canal de distribution : Internet. Le droit de la concurrence se doit d'être, en principe, neutre quant au mode de distribution choisi. Ainsi, les institutions européennes et ses juridictions ne devraient pas se prêter à une sorte de régulation administrative¹⁴².

De plus, alors que le règlement 330/2010 et ses Lignes directrices du 19 mai 2010 tentent d'équilibrer les restrictions pour contenter les fournisseurs et les distributeurs, le développement rapide du commerce sur Internet peut très vite dépasser ces règles¹⁴³. D'ailleurs, on peut s'interroger sur la légitimité des sources de l'interdiction d'interdire les ventes sur Internet : les Lignes directrices du 19 mai 2010, les seules à envisager précisément le cas d'Internet ont-elles une portée normative ? Peuvent-elles être contraignantes ?

¹⁴² J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne »

¹⁴³ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 8 p.3

Si au tout début du e-commerce, il était légitime d'encourager ce nouveau canal de vente que représente Internet, ce mode de distribution a explosé et sa protection n'est plus forcément autant légitime. En effet, ce nouveau canal de distribution a perturbé les réseaux de distribution traditionnels et est venu concurrencer les méthodes de ventes traditionnelles. Alors que la distribution traditionnelle passait en grande partie par les réseaux de distribution au profit des fournisseurs, les distributeurs sur Internet peuvent désormais se passer d'intermédiaire et peuvent ainsi renverser le marché au profit des distributeurs. Cela peut engendrer des abus de la part des fournisseurs comme des distributeurs. En effet, l'importante liberté accordée aux distributeurs sur internet a donné lieu à la mise en place de certaines clauses qui encadrent la vente en ligne, la rendant parfois contraignante¹⁴⁴. Cependant, les distributeurs peuvent également profiter de ce système et inverser la tendance comme l'illustre le système des « Best price clause ». Ce système est aujourd'hui décrié en France¹⁴⁵ comme en Allemagne¹⁴⁶ dans lequel des distributeurs, comme par exemple les sites de réservation de voyages en ligne ou de location de véhicules, imposent des conditions drastiques à leurs fournisseurs pour accepter de les référencer dans leurs portails¹⁴⁷.

De plus, d'un point de vue économique, les restrictions verticales n'ont généralement pas un effet anticoncurrentiel lorsque la concurrence intra-marque est dynamique, elles peuvent être, au contraire, bénéfiques et générer des gains d'efficience. Elles seraient donc utiles ! Empêcher ce type de restriction qui n'est pas forcément anticoncurrentielle limiterait alors peut-être le développement économique.

Si l'utilisation du canal de vente par Internet présente des avantages certains puisqu'il étend les gammes, baisse les prix, étend le secteur de distribution etc, certaines normes de qualité sont plus difficiles à garantir sur Internet.

¹⁴⁴ P. LEMAY « Les nouvelles pratiques contractuelles des réseaux de distribution Pure players et réseaux de distribution autorisée : les clauses à prévoir » RTD Com. 2015, p. 183

¹⁴⁶ Bundeskartellamt, 20 décembre 2013, HRS Hotel Reservation Service - B9-66/10

¹⁴⁷ M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la distribution », 3^{ème} édition, Édition Sirey, 2015 n° 12 p. 4-11 et J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne » p.3-4

Le développement du e-commerce ne devrait pas entraîner l'affaiblissement des distributeurs utilisant les points de vente physique, pour qui les coûts liés sont souvent supérieurs (conseils clients, formation, etc). Soutenir une baisse des prix par le canal de la vente en ligne est, certes, favorable au consommateur, pour l'instant. En effet, cela pourrait pousser les producteurs à niveler la qualité de leurs produits vers le bas ce qui serait finalement défavorable au consommateur¹⁴⁸...

Le Vice-Président de l'Autorité de la concurrence française Emmanuel Combe, pourtant très favorable au développement du e-commerce, souligne le risque que représente Internet pour la valeur des actifs notamment lorsqu'une entreprise dispose d'un « capital marque », en particulier pour les entreprises du secteur du luxe ¹⁴⁹ qui ont souvent recours à un mode de distribution sélective. Pourtant, si la protection de l'image, qui fonde en partie le système de la distribution sélective, ne permet plus aux producteurs de justifier certaines restrictions dans leurs réseaux, alors peut-être que ce système n'aurait plus lieu d'être¹⁵⁰. Récemment, l'arrêt Caudalie rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵¹ a montré l'incohérence des autorités de concurrence : tout en réaffirmant la liberté accordée aux fournisseurs d'organiser leurs réseaux de distribution comme ils l'entendent et en reconnaissant les impératifs liés à la protection de leur image de prestige, elles les obligent à autoriser la vente de leurs produits sur des sites Internet, des plateformes en ligne qui ne rentrent pas dans la ligne de conduite qu'ils ont défini¹⁵².

Fort heureusement, le fabricant d'un réseau de distribution sélective dispose encore, pour l'instant, de quelques possibilités pour réguler ses modalités de vente.

¹⁴⁸ F. ROSATI « Commerce électronique et concurrence : quelle définition du marché ? Que penser des arrêts Pierre Fabre ? » - La distribution sur Internet à l'épreuve des règles de concurrence - 5 juin 2013, Mayer Brown Paris

¹⁴⁹ E.COMBE « Commerce en ligne et Internet : risques et opportunités pour les entreprises installées » La distribution sur Internet à l'épreuve des règles de concurrence - 5 juin 2013, Mayer Brown Paris

¹⁵⁰ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 8 p.3

¹⁵¹ Cour d'appel de Paris, 2 février 2016, eNOVA Santé / Caudalie

¹⁵²A. RAYNAL « E-commerce : Caudalie piégée par son mode de distribution » - 2 mars 2016, Article rapportant notamment les propos de Joseph Vogel - BFM Business

b) L'admission de certaines régulations : la régulation possible des modalités de vente par Internet

Le règlement 330/2010¹⁵³ et ses Lignes directrices du 19 mai 2010¹⁵⁴ puis les jurisprudences européenne et nationale avaient pourtant souhaité concilier les intérêts des distributeurs et des fournisseurs. En effet, si certaines restrictions verticales ne sont plus admises, dont l'interdiction d'interdire les ventes sur Internet, les fournisseurs disposent encore d'une part de contrôle sur la régulation de certaines modalités de ventes sur Internet.

Bien que certaines modalités soient encore débattues¹⁵⁵ comme les prix duals, le pourcentage des ventes ou encore la question des pure players ou plateformes tierces¹⁵⁶, certaines sont encore reconnues aux fournisseurs.

En premier lieu, tout comme dans les magasins physiques de leurs distributeurs, les fournisseurs peuvent imposer des normes de qualité à leurs fournisseurs concernant leur site Internet¹⁵⁷.

La Commission a aussi autorisé les fournisseurs à exiger aux distributeurs qu'ils disposent d'un point de vente physique dans les décisions Yves Saint Laurent¹⁵⁸ de 2001 puis dans la décision B&W Loudspeakers¹⁵⁹ un an plus tard, laissant notamment penser qu'il pouvait s'agir d'une certaine forme de norme de qualité¹⁶⁰. Indirectement, cette faculté laissée aux fournisseurs leur permet d'exclure les pure players de leurs réseaux de distribution sélective. Les pure players sont des opérateurs agissant exclusivement sur Internet et qui ne disposent pas de point de vente physique.

¹⁵³ Règlement (CE) n°330/2010 de la Commission européenne 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

¹⁵⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010

¹⁵⁵ L. VOGEL – La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre – Réseaux de distribution et droit de la concurrence – 14 décembre 2011 – Concurrence n°1/2012

¹⁵⁶ Voir partie II. B) a) et b)

¹⁵⁷ Point 54 des Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010

¹⁵⁸ Affaire Yves Saint Laurent, Communiqué de la Commission IP/01/713 – 17 mai 2001

¹⁵⁹ Affaire B&W Loudspeakers, Communiqué de presse de la Commission IP/02/916 - 24 juin 2002

¹⁶⁰ L. VOGEL – La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre – Réseaux de distribution et droit de la concurrence – 14 décembre 2011 – Concurrence n°1/2012

Les Lignes directrices du 19 mai 2010 ont confirmé la possibilité aux fournisseurs d'imposer un point de vente physique aux distributeurs. En effet, celles-ci confirment cette position et confirment qu'un fournisseur puisse exiger à ses distributeurs qu'ils disposent d'un point de vente physique pour faire partie du réseau de distribution sélective¹⁶¹.

Parmi les modalités reconnues aux fournisseurs, certains évoquent également le refus du « free riding » des pure players¹⁶² : sans pouvoir décourager la vente en ligne, les fournisseurs peuvent cependant encourager la vente « traditionnelle ». Le canal de la vente traditionnelle, physique peut être favorisé par l'attribution d'une redevance fixe qui, selon les Lignes directrices du 19 mai 2010, doit être indépendante du chiffre d'affaires réalisé par le canal de la vente par Internet¹⁶³. Ces mêmes Lignes directrices autorisent aussi en leur point 52-c les fournisseurs à demander à leurs distributeurs un chiffre d'affaires minimum dans leurs points de ventes physiques afin d'assurer un bon fonctionnement des magasins physiques et éviter à pure players cachés de mettre en place des magasins traditionnels fictifs pour déguiser leur qualité¹⁶⁴. Pourtant, en Allemagne la question de leur intégration fait encore débat.

Enfin, les fournisseurs peuvent appliquer des conditions différentes aux distributeurs utilisant le canal de la vente par Internet lorsque celles-ci sont équivalentes aux conditions imposées aux distributeurs utilisant le canal de la vente traditionnelle. La vente en ligne doit respecter également certains standards de qualité qui correspondent aux normes de qualité exigées dans les magasins physiques.

¹⁶¹ Point 52 à 56 des Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010

¹⁶² A. TERCINET « Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir – Les restrictions à la vente en ligne imposées aux distributeurs : l'approche européenne » Lamyline – Revue Lamy de la concurrence – 2014 - Point 45

¹⁶³ Point 52-d des Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010

¹⁶⁴ L. VOGEL – La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre – Réseaux de distribution et droit de la concurrence – 14 décembre 2011 – Concurrence n°1/2012

En effet, à propos de l'affaire B&W Loudspeakers, la Commission européenne déclarait que les distributeurs pouvaient désormais demander à la société B&W Loudspeakers de commercialiser les produits sur Internet. La demande ne pouvait être rejetée par le fournisseur seulement sur la base de critères non discriminatoires, comparables avec ceux imposés dans les points de vente physiques et nécessaires pour maintenir l'image de marque et la réputation des produits¹⁶⁵. En France, pour apprécier cette équivalence, l'Autorité de la concurrence a mis en place un « *triple test*¹⁶⁶ » au point 97 de sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de 2007¹⁶⁷ où le fournisseur peut imposer des conditions différentes à ses distributeurs utilisant le canal de vente d'Internet si ces conditions sont comparables à celles imposées aux distributeurs utilisant le canal de la vente traditionnelle, si elles ne dissuadent pas l'utilisation du canal d'Internet et si elles sont proportionnées au but du fournisseur¹⁶⁸.

Ainsi, le fournisseur peut encore imposer certaines conditions à ses distributeurs physiques et en ligne mais certaines pourraient encore disparaître à la faveur des distributeurs en ligne. En effet, la question des pure players et des plateformes tierces est encore débattue et l'interdiction des pure-players dans les réseaux de distribution sélective pourrait être levée, notamment en Allemagne.

Cependant, une jurisprudence récente peut redonner un peu d'espoir aux fabricants puisqu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris¹⁶⁹ a récemment admis une nouvelle exemption individuelle faisant ainsi évoluer positivement la jurisprudence Pierre Fabre qui était très sévère.

¹⁶⁵ Affaire B&W Loudspeakers, Communiqué de presse de la Commission IP/02/916 - 24 juin 2002

¹⁶⁶ L. VOGEL – La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre – Réseaux de distribution et droit de la concurrence – 14 décembre 2011 – Concurrence n°1/2012

¹⁶⁷ Conseil de la concurrence, 8 mars 2007, DC n° 07-D-07

¹⁶⁸ L. VOGEL – La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre – Réseaux de distribution et droit de la concurrence – 14 décembre 2011 – Concurrence n°1/2012

¹⁶⁹ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen

2. L'arrêt Bang & Olufsen : une remise en question de la jurisprudence Pierre Fabre ?

Dans un nouvel arrêt, la Cour d'appel de Paris a reconnu une possible exemption dans l'interdiction de la vente en ligne. Si les juges de la Cour d'appel ont, dans un premier temps, appliqué la jurisprudence Pierre Fabre (a), ils semblent s'en émanciper par la suite en admettant la possibilité d'une exemption individuelle et en réduisant fortement l'amende à laquelle était condamnée la société mise en cause (b).

a) L'application de la jurisprudence Pierre Fabre

Douze ans après que le ministre de l'Économie ait saisi le Conseil de la concurrence pour apprécier les faits de sociétés restreignant les ventes sur Internet dans le secteur des matériels hi-fi et home cinéma, la Cour d'appel de Paris est venue mettre un terme à l'affaire dans un arrêt rendu le 13 mars 2014¹⁷⁰. En l'espèce, le ministre de l'Économie avait saisi le Conseil de la concurrence pour des pratiques restrictives de la vente sur Internet dans le secteur de distribution sélective des produits électronique grand public haut de gamme, comme par exemple des enceintes, des chaînes hi-fi... L'évaluation préliminaire concernant quatre sociétés : Bang & Olufsen, Bose, JM Lab et Triangle Industries. Trois d'entre elles avaient alors, à la suite de cette enquête, pris des engagements acceptés par une décision du Conseil de la concurrence du 5 octobre 2006¹⁷¹. La société Bang & Olufsen France, filiale d'une société danoise, n'avait, elle, pris aucun engagement et la procédure s'est poursuivie.

Pourtant, en son article 6-1, le contrat européen de distribution sélective stipulait que la vente par correspondance et, indirectement celle par Internet, était interdite aux distributeurs : « *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 agréés Bang & Olufsen par correspondance n'est pas autorisée* ¹⁷²».

¹⁷⁰ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen

¹⁷¹ Conseil de la concurrence, 5 octobre 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma, Décision n° 06-D-28

¹⁷² Article 6-1 du contrat de distribution européen de Bang & Olufsen, 1989

L'Autorité de la concurrence a ainsi considéré que le dit-contrat de distribution sélective violait les articles 101 TFUE et L420-1 du Code de commerce. Finalement, la filiale danoise a été condamnée à 900 000€ soit 0,153% de son chiffre d'affaires mondial¹⁷³ par l'Autorité de la concurrence pour avoir mis en place une entente anticoncurrentielle en interdisant la vente sur Internet à ses distributeurs dans le cadre de son réseau de distribution sélective par une décision rendue le 12 décembre 2012¹⁷⁴. La société Bang & Olufsen a alors fait appel auprès de la Cour d'appel de Paris.

Le 13 mars 2014, celle-ci a rendu un arrêt qui s'inscrit dans la lignée des affaires Pierre Fabre¹⁷⁵. En effet, elle applique le même raisonnement qui conduit à apprécier la clause d'un contrat de distribution sélective qui interdit la distribution des produits en ligne, même acceptée par les distributeurs, constitue une restriction de concurrence.

En premier lieu, la Cour d'appel de Paris confirme donc que l'entente observée par l'Autorité de la concurrence est bien une restriction par objet.

Selon elle, la pratique de la société Bang & Olufsen « *réduit la possibilité de vendre des produits aux clients situés hors de leur zone d'activité et restreint par voie de conséquence, la concurrence dans le secteur considéré*¹⁷⁶ ».

Ainsi, la Cour considère « *qu'il résulte de ce qui précède que pour retenir l'existence d'un accord de volontés entre Bang & Olufsen France et ses distributeurs, la Décision ne s'est pas fondée exclusivement sur le contrat européen de distribution sélective mais aussi, tout en précisant le contexte dans lequel ils sont intervenus, sur un ensemble d'éléments factuels dont le comportement des parties, établissant suffisamment l'existence d'un acquiescement tacite de ceux-ci à l'invitation du fournisseur ; que la Décision sera donc confirmée en ce qu'elle a considéré que l'entente était caractérisée* »¹⁷⁷.

¹⁷³ A. TERCINET « Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir – Les restrictions à la vente en ligne imposées aux distributeurs : l'approche européenne » Lamyline – Revue Lamy de la concurrence – 2014 Point 24

¹⁷⁴ Autorité de la concurrence, 12 décembre 2012, Décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen, Décision dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma, Décision n° 12-D-23

¹⁷⁵ P. de LANZAC et J. HOCHART « 3 Questions Affaire Bang & Olufsen : vers un assouplissement des conditions d'exemption des accords prohibant la vente de produits sur Internet ? » La semaine juridique entreprise et affaires n°23, 5 juin 2014, 394

¹⁷⁶ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen – p.9

¹⁷⁷ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen – p.9

La Cour rappelle donc que la pratique d'interdiction de vente sur Internet dans un réseau de distribution sélective peut être considérée comme une restriction de concurrence par objet et ce, selon la jurisprudence nationale et européenne Pierre Fabre. Puis, elle s'interroge sur la possibilité d'une éventuelle exemption individuelle en application des articles 101 Paragraphe 3 TFUE et L420-4 du Code de commerce. Elle rappelle les quatre conditions d'exemption cumulatives prévues par ces articles qui doivent être rapportées par la société en question, en l'espèce Bang & Olufsen. Pour être exemptée, la pratique restrictive doit tout d'abord contribuer à améliorer la production, distribution ou participer à la promotion du progrès technique ou économique, elle doit aussi réserver aux utilisateurs une part de profit qui en résulte. De plus, ces restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs et pour réaliser les gains d'efficacité mis en place par l'accord¹⁷⁸. Enfin, ces restrictions ne doivent pas permettre à des entreprises d'éliminer la concurrence¹⁷⁹.

La société Bang & Olufsen France invoquait alors la protection contre le parasitisme pour justifier sa restriction. La société justifiait cette volonté de se protéger en déclarant qu'une distribution par Internet perturberait l'organisation de son réseau « *au motif d'une part que la vente en ligne renforcerait l'asymétrie financière entre les distributeurs Bang & Olufsen et d'autre part qu'elle déstabiliserait le maillage territorial des magasins & Olufsen*¹⁸⁰ ».

De plus, une telle restriction permettrait, selon la société, d'apporter aux acheteurs des services supplémentaires comme la « *démonstration physique préalable*¹⁸¹ » qu'elle juge indispensable et permettrait de garantir une présentation et distribution de bonne qualité au sein de son réseau de distribution. La Cour rejette l'argument avancé par la société Bang & Olufsen France qui soutenait que cette interdiction de vendre en ligne permettait de protéger son réseau de distribution contre le parasitisme, elle considère qu'il n'est pas démontré que certaines alternatives, moins restrictives, entraînerait un tel risque de parasitisme.

¹⁷⁸ Lignes directrices du 19 mai 2010 – citées par L. Vogel « Distribution sélective – Interdiction de vente sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective : une nouvelle évolution depuis l'arrêt Pierre Fabre ? » Blog Vogel & Vogel – 18 mars 2014

¹⁷⁹ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen – p.9

¹⁸⁰ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen – p.11

¹⁸¹ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen – p.10

La société pourrait mettre en vente certains produits « *moins élaborés et moins chers* » en donnant notamment l'exemple des casques audio, écouteurs et autres accessoires qu'elle juge se prêter « *particulièrement* » à la vente sur Internet. La vente de ces produits n'engendrerait, selon la Cour, pas de coûts de stockage ou de distribution importants et diminueraient l'investissement à réaliser pour que les distributeurs puissent créer un site Internet¹⁸². Ainsi, la Cour retient que la restriction mise en place par le contrat de distribution de la société Bang & Olufsen France n'était pas indispensable pour le maintien de l'efficacité de son réseau. De plus, elle rejette l'idée qu'Internet pourrait nuire à l'image de marque du fournisseur. Elle rejette l'exemption individuelle demandée par la société et confirme la décision de l'Autorité de la concurrence.

Cependant, la Cour admet que certains produits plus complexes pourraient éventuellement nécessiter une démonstration en magasin et ainsi « échapper » à l'obligation d'autoriser leur distribution sur Internet.

De plus, elle réduit considérablement le montant de la sanction fixée par l'Autorité de la concurrence. En effet, la société Bang & Olufsen voit son amende passée de 900 000€ à 10 000€¹⁸³.

¹⁸² Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen – p.11

¹⁸³ Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen – p.13

b) Une décision moins sévère : la possible admission d'une exemption individuelle et la réduction de l'amende

Si l'arrêt rejoint la jurisprudence Pierre Fabre en considérant qu'une clause interdisant ou réduisant la distribution par Internet aux distributeurs d'un réseau de distribution sélective est une restriction par objet, elle semble se montrer plus prête à accorder des exemptions individuelles. En effet, bien qu'en l'espèce elle n'admet pas l'exemption individuelle, il semblerait qu'elle aurait pu accorder une exemption si la restriction aux ventes sur Internet n'avait visé que certains produits de la gamme proposée par la société. L'arrêt Pierre Fabre admettait qu'une telle restriction pourrait être justifiée objectivement au titre de l'article 101 Paragraphe 1 TFUE et ce, eu égard aux propriétés du produit.

En relevant que certains produits de la gamme « *moins chers* » ou « *moins élaborés* » ne peuvent faire l'objet d'une restriction aux ventes sur Internet, la Cour d'appel admettrait-elle que des produits plus chers ou plus élaborés pourraient être, eux, être exclus des ventes par Internet car ils présenteraient le caractère indispensable requis pour bénéficier d'une exemption ? En distinguant les différents produits de la gamme de produits de la société selon leur degré de complexité¹⁸⁴, la Cour semble donc admettre que la nature complexe de certains des produits de la gamme aurait pu justifier une exemption individuelle prévue par l'article 101 Paragraphe 3 TFUE et L420-4 du Code de commerce¹⁸⁵.

De plus, la Cour d'appel de Paris se montre beaucoup plus souple avec la société Bang & Olufsen quant à la sanction. En effet, elle diminue considérablement l'amende ordonnée par l'Autorité de la concurrence. Elle reconnaît qu'avant le principe posé par la jurisprudence Pierre Fabre de l'interdiction d'interdire les ventes sur Internet, une incertitude régnait.

¹⁸⁴ P. de LANZAC et J. HOCHART « 3 Questions Affaire Bang & Olufsen : vers un assouplissement des conditions d'exemption des accords prohibant la vente de produits sur Internet ? » La semaine juridique entreprise et affaires n°23, 5 juin 2014, 394

¹⁸⁵ L. Vogel « Distribution sélective – Interdiction de vente sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective : une nouvelle évolution depuis l'arrêt Pierre Fabre ? » Blog Vogel & Vogel – 18 mars 2014

Elle prend donc en considération le flou et l'insécurité juridique auquel la société pouvait faire face dans l'attente d'une décision européenne. Bien qu'elle rappelle qu'il ne faut pas relativiser la gravité de la pratique restrictive, la Cour considère que la société Bang & Olufsen ne pouvait donc prévoir qu'une telle restriction serait jugée anticoncurrentielle par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Pierre Fabre malgré les arrêts rendus par l'Autorité de la concurrence. Elle décide donc de retenir comme date de début d'infraction celle de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne Pierre Fabre du 13 octobre 2011 au lieu de 2001, comme décrété par l'Autorité de la concurrence. De plus, elle juge que le dommage économique lié à la pratique restrictive n'est que limité. Ainsi, la Cour décide de faire baisser le montant de l'amende de 900 000€ et le divise presque par 100 ! En effet, l'amende « symbolique » fixée par la Cour d'appel de Paris est désormais de 10 000€. Pour certains, réduire autant cette sanction reviendrait presque à lui accorder une immunité et mettrait le principe reconnu par les tribunaux répressifs que nul ne peut ignorer la loi, « *nemo censetur ignorare legem* », de côté¹⁸⁶.

Pourtant, cette décision est rassurante puisque, bien que s'inscrivant dans la volonté de développer le commerce en ligne, elle admet la possibilité d'admettre des exceptions à l'interdiction d'interdire les ventes par Internet, ce qui est parfois déterminant dans des systèmes de distribution sélective pour conserver l'image de prestige de produits distribués par certaines entreprises¹⁸⁷. La Cour d'appel de Paris semble montrer ainsi une certaine réticence à admettre totalement l'interdiction d'interdire les ventes sur Internet.

Cependant, puisqu'elle n'admet pas l'exemption en l'espèce, il pourrait aussi tout simplement s'agir « *d'un excès de plume*¹⁸⁸ » dans sa différenciation des produits de la gamme. Cependant, si l'arrêt semble se montrer évolutif, il faut cependant rester prudent quant à son interprétation.

¹⁸⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS « La controverse peut-elle diminuer la gravité d'une pratique d'interdiction de la revente par Internet dans un réseau de distribution ? » Revue des contrats, 1^{er} septembre 2014, n°3

¹⁸⁷ L. Vogel « Distribution sélective – Interdiction de vente sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective : une nouvelle évolution depuis l'arrêt Pierre Fabre ? » Blog Vogel & Vogel – 18 mars 2014

¹⁸⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS « La controverse peut-elle diminuer la gravité d'une pratique d'interdiction de la revente par Internet dans un réseau de distribution ? » Revue des contrats, 1^{er} septembre 2014, n°3

B) L'interdiction des pure players : la divergence des juges allemands et français

Si certaines exceptions à l'interdiction d'interdire sont donc admises par la jurisprudence et si certaines modalités de régulation des ventes sont laissées aux fabricants, leurs admissions peuvent faire néanmoins encore débat chez les juges français et allemand. Les cas des pure-players et des plateformes tierces illustrent cette divergence (1). Cependant, la volonté sans limite de développer encore et encore le commerce électronique pourrait encore réduire le champ des exceptions au principe de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet en intégrant notamment les pure-players à l'interdiction de prohiber leurs ventes sur Internet (2).

1. Des exceptions à l'interdiction d'interdire

Certaines restrictions à la vente par Internet sont admises, c'est notamment le cas des pure-players (a), pour d'autres comme le cas des plateformes tierces, il règne encore une incertitude, notamment en Allemagne où les positions des juges sont divergentes (b).

a) *Le cas des pure-players*

Un pure player ou e-player est un commerçant qui vend exclusivement sur Internet. Ils sont perçus par certains comme des « *parasites économiques* »¹⁸⁹ et leur exclusion des réseaux de distribution est tolérée par les autorités de concurrence. Dans les décisions Yves Saint Laurent¹⁹⁰ de 2001 puis dans la décision B&W Loudspeakers¹⁹¹, la Commission a autorisé les fournisseurs à exiger aux distributeurs qu'ils disposent d'un point de vente. Indirectement, cette faculté laissée aux fournisseurs leur permet d'exclure les pure players de leurs réseaux de distribution sélective.

¹⁸⁹ P. LEMAY « Les nouvelles pratiques contractuelles des réseaux de distribution Pure players et réseaux de distribution autorisée : les clauses à prévoir » RTD Com. 2015, p. 183

¹⁹⁰ Affaire Yves Saint Laurent, Communiqué de la Commission IP/01/713 - 17 mai 2001

¹⁹¹ Affaire B&W Loudspeakers, Communiqué de presse de la Commission IP/02/916 - 24 juin 2002

Lors de l'élaboration du nouveau règlement 330/2010 et de ses Lignes directrices, la question des pure-players a été centrale¹⁹² mais finalement réglée par leur exclusion des réseaux de distribution sélective. Les institutions européennes et la Cour de justice de l'Union européenne ont opté pour le modèle du « Brick and Click » dans lequel le fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un point de ventes physique et qu'ils n'opèrent pas exclusivement en ligne. Cela permet aux fournisseurs de maintenir une image de qualité, de se protéger contre le parasitisme et dispenser un service-après vente efficace. Les pure players pouvant profiter des investissements des magasins traditionnels notamment en matière de conseils aux consommateurs sans pour autant participer financièrement à ces investissements. Ainsi, les Lignes directrices du 19 mai 2010 ont confirmé la possibilité aux fournisseurs d'imposer un point de vente physique aux distributeurs.

En France, la question s'est posée dans l'affaire Festina, dans le secteur de l'horlogerie. En l'espèce, la société Festina avait refusé l'entrée dans son réseau de distribution sélective d'un pure-player, la société Bijourama qui opérait dans le secteur de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie. Le 26 janvier 2006, le Conseil de la concurrence¹⁹³ avait demandé à la société de modifier son contrat de distribution sélective à la suite de quoi, la société avait pris des engagements ne limitant la vente sur Internet qu'aux seuls distributeurs opérant uniquement en ligne, imposant donc un point de ventes physique.

Le 24 juillet 2006, le Conseil avait jugé que « *les engagements proposés apportent une réponse satisfaisante aux problèmes identifiés en l'espèce. Ils portent sur une modification substantielle et crédible de la pratique de l'entreprise concernée et l'abandon d'un contexte susceptible de déboucher sur des comportements anticoncurrentiels* »¹⁹⁴.

¹⁹² J.VANARD « Les acteurs de la distribution en ligne » point 8 Colloque, Concurrences n°4/2010 point 32

¹⁹³ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 14 p.4

¹⁹⁴ Conseil de la concurrence, 24 juillet 2006, Décision n°06-D-24

La Cour d'appel de Paris a, par la suite, confirmé l'admission de cette restriction : « *Festina France ne pose aucune interdiction catégorique de vente sur Internet, ni ne se réserve cette activité, et qu'il résulte même des engagements présentés, que chacun des distributeurs de son réseau peut recourir à la vente sur Internet sous réserve de respecter certaines conditions ; (...) Or, elle est fondée à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité notamment par un service après-vente efficace, et assurer la mise en valeur de ses produits, que la vente sur Internet n'intervienne, dans l'intérêt même des consommateurs, qu'en complément d'un point de vente physique* »¹⁹⁵. De plus, elle a autorisé l'obligation faite à des distributeurs de disposer d'un point de vente physique depuis plus d'un an pour commercialiser des produits en ligne au sein d'un réseau de distribution sélective¹⁹⁶. Cependant, cette obligation reste une exception française.

En Allemagne, la Cour de cassation a autorisé l'exclusion des pure-players dans le même sens dans un arrêt rendu en 2003¹⁹⁷.

Cependant, le doute plane encore quant à la conformité de cette restriction avec le droit de l'Union européenne puisque ni la jurisprudence européenne ni le Règlement 330/2010 ne répondent directement à la question.

De plus, certains observent un changement de position de l'Autorité de la concurrence française favorable aux pure-players¹⁹⁸ dans son avis relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique rendu le 18 septembre 2012¹⁹⁹. En effet, celle-ci met semble penser que l'exigence d'un point de ventes physique pourrait être disproportionnée.

¹⁹⁵ Cour d'appel de Paris, 16 octobre 2007, p.7

¹⁹⁶ Cour d'appel de Paris, 18 avril 2008, PMC Distribution (SARL) contre Pacific Création (SAS)

¹⁹⁷ BGH, 4 novembre 2003, KZR 2/02 – Depotkosmetik im Internet

¹⁹⁸ Voir Partie II. B. 2. a)

¹⁹⁹ Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012 p.68 et suivantes

b) Le cas des plateformes tierces

Le cas de l'interdiction du recours à des plateformes tierces est incertain en France, comme en Allemagne. Une plateforme tierce, « place de marché » permet à des distributeurs de référencer leurs offres, et produits. L'exemple type de plateforme tierce est eBay²⁰⁰. Ce type de plateforme se différencie du pur e-commerce en ce sens que les produits ne sont plus forcément distribués par des distributeurs à proprement parler : ils peuvent l'être par des personnes privées. Le considérant 54 des Lignes directrices du 19 mai 2010 dispose « *qu'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 convenu 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* »²⁰¹.

La Commission européenne autorise donc les fournisseurs à exclure les plateformes tierces si les conditions qu'ils imposent à ses distributeurs concernant la vente en ligne ne sont pas respectées.

En France, le Conseil de la concurrence a accepté qu'un fabricant, en l'espèce de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, refuse d'agréer des plateformes tierces quand celles-ci n'apportent pas de garanties suffisantes quant à la qualité et l'identité des vendeurs. De plus, il a reconnu que cela pouvait faciliter la contrefaçon ou la vente hors-réseau.

Cependant, il a également reconnu que ces plateformes pouvaient satisfaire aux critères qualitatifs des produits²⁰². L'affaire Samsung, encore en cours d'instruction laisse planer un doute quant au maintien de l'admission accordée au fabricant du refus d'agréer les plateformes tierces.

²⁰⁰ A. TERCINET « Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir – Les restrictions à la vente en ligne imposées aux distributeurs : l'approche européenne » Lamyline – Revue Lamy de la concurrence – 2014

²⁰¹ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010 – Point 54

²⁰² Conseil de la concurrence, 8 mars 2007, Décision n°09-D-07

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence a déclaré à propos d'un tel refus d'agrément que ces pratiques pourraient révéler des indices de restrictions verticales²⁰³. Pourtant la décision finale reste en suspend puisque la Commission européenne qui a déclaré le 30 septembre 2014 se saisir d'une partie de l'affaire n'a toujours pas formellement ouvert de procédure à ce jour²⁰⁴.

Dans son avis 12-A-20 du 18 septembre 2012²⁰⁵, l'Autorité de la concurrence avait pourtant qualifié les plateformes tierces ainsi que les comparateurs de prix comme de nouveaux opérateurs pouvant renforcer la concurrence. L'arrêt Caudalie²⁰⁶ rendu par la Cour d'appel de Paris récemment semble avoir pris en compte cet avis puisqu'il a considéré que l'interdiction de principe de recours à une plateforme en ligne est susceptible de constituer une restriction de concurrence caractérisée exclue du bénéfice de l'exemption individuelle prévue par l'article 101 TFUE.

En Allemagne, le contentieux est beaucoup plus fourni : l'appréciation de la licéité des clauses qui interdisent le recours à de telles plateformes fait l'objet d'un débat chez les juges allemands²⁰⁷. Les juges allemands ont régulièrement été confrontés à cette question et les décisions ont parfois été contradictoires entre les juges de l'est et de l'ouest²⁰⁸. Le cas Sternjakob, a montré que la pratique décisionnelle pouvait être différente. En l'espèce, un fabricant de sac à dos a interdit à ses distributeurs d'utiliser les plateformes tierces, telles que eBay, au sein de son réseau de distribution sélective afin de protéger ses standards de qualité.

²⁰³ Autorité de la concurrence, 23 juillet 2014, Décision n°14-D-07

²⁰⁴ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 16 p.5

²⁰⁵ Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012

²⁰⁶ Cour d'appel de Paris, 2 février 2016, eNOVA Santé / Caudalie

²⁰⁷ J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne »

²⁰⁸ V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 17 p.5

Si les tribunaux de Karlsruhe²⁰⁹ ou de Munich²¹⁰ considèrent qu'une telle restriction est admissible puisqu'elle correspond aux standards exigés en point de vente physique, les tribunaux de Berlin²¹¹ ou de Kiel²¹² ont refusé d'admettre une telle restriction, bien qu'ils aient considéré qu'elle pouvait être licite. Bien que la Cour suprême n'ait pas statué sur cette question, le Bundeskartellamt a rendu un avis concernant l'utilisation des plateformes tierces²¹³. Il n'est pas favorable à cette restriction et semble même se montrer plus sévère que les Lignes directrices du 19 mai 2010²¹⁴ puisqu'il rejette l'idée d'une exemption individuelle si la preuve d'un gain d'efficacité pour le consommateur n'est pas rapportée : « *Dans le cas de l'interdiction de recourir à une place de marché pour gagner en efficacité, il faudra prouver que le consommateur est pris en considération. Cela ne doit pas conduire à la dégradation de la position du consommateur par rapport au cas où cette restriction n'était pas mise en place* »²¹⁵. Dès 2013, le Bundeskartellamt avait déjà obtenu dans une procédure d'engagements de l'entreprise Sennheiser qu'elle modifie ses contrats de contrats de distribution sélective afin de permettre à ses distributeurs de vendre les produits sur des plateformes comme Amazon²¹⁶. Cette réticence de l'Autorité de concurrence allemande a également pu s'illustrer dans deux affaires qui mettaient en cause des fabricants de chaussures : les sociétés Asics et Adidas. Concernant Adidas en France, l'entreprise a modifié son contrat de distribution en supprimant toute clause interdisant aux distributeurs le recours aux places de marché alors que l'Autorité de la concurrence n'en était qu'au stade de l'enquête²¹⁷.

²⁰⁹ OLG Karlsruhe, 25 novembre 2009 – 6 U 47/08 – Schulranzen ;

²¹⁰ OLG München, 2 juillet 2009 – U (K) 4842/08 - Internetauktionsplattformen

²¹¹ LG Berlin, 24 juillet 2007 – 16 O 412/07 Kart – Scout I, KG Berlin, Urt. 19 septembre 2013– 2 U 8/09 ;

²¹² LG Kiel, 8 novembre 2013 – 14 O 44/13

²¹³ Avis du Bundeskartellamt « Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie » Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 10 octobre 2013

²¹⁴ J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne »

²¹⁵ Avis du Bundeskartellamt « Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie » Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 10 octobre 2013 p. 25 Citation originale : « *Falls das Verbot von Plattformmärkten zu Effizienzen führt, muss geprüft werden, ob der Verbraucher hieran angemessen beteiligt wird. Es darf zu keiner Schlechterstellung des Verbrauchers im Vergleich zur Situation ohne diese Beschränkung kommen* »

²¹⁶ Fallbericht du Bundeskartellamt pour la Décision B7-1/13-35 « Seinnheiser hebt für Händler im selektiven Vertriebssystem das Verbot des Verkaufs über « Amazon Marketplace » auf »

²¹⁷ Communiqué de Presse de l'Autorité de la concurrence du 18 novembre 2015

En l'espèce, dans l'affaire allemande, la société Adidas interdisait à ses distributeurs de recourir à des plateformes tierces telle que Google AdWords pour y faire de la publicité tandis qu'Asics interdisait à ses distributeurs de recourir aux sites eBay ou Amazon. Dans les deux cas, le Bundeskartellamt a condamné l'interdiction faite par les fournisseurs à leurs distributeurs et remis en question leur système de distribution sélective²¹⁸.

Dans le cas Adidas, le Bundeskartellamt a vu dans l'interdiction per se faite par la société Adidas à ses distributeurs de recourir à des places de marché en ligne une restriction anticoncurrentielle au sens de l'article 101 Paragraphe 1 TFUE en rejetant la justification de norme de qualité. Puis, elle a rejeté tous les justifications avancées par la société Adidas et ainsi écarté toute exemption prévue par l'article 101 Paragraphe 3 TUFÉ.

Enfin, elle rappelle l'importance de la liberté accordée aux distributeurs de pouvoir recourir aux sociétés de publicité des moteurs de recherches en ligne : *« Du point de vue de l'Autorité de la concurrence, un aspect important est accordé à la liberté de tout membre agréé du réseau de distribution sélective d'Adidas de pouvoir avoir recours aux publicités sur des moteurs de recherches en ligne »*²¹⁹.

Concernant l'affaire Asics, le Bundeskartellamt a vu dans son système de distribution sélective également une violation des articles 101 Paragraphe 1 TFUE et du §1 GWB. En effet, le système de distribution sélective mis en place par la société Adidas empêchait ses distributeurs de recourir à des plateformes tierces comme des comparateurs de prix ou des plateformes d'enchères en ligne. Cependant, en l'espèce, Asics a introduit un recours contre la décision devant le tribunal de Düsseldorf²²⁰.

²¹⁸ Bundeskartellamt, 26 août 2015, Asics - B2-98/11 et

Bundeskartellamt, 27 juin 2014, Adidas – B2-137-12 Dr. J. Fesenmair, GRUR-Praxis 2013, 283

²¹⁹ Fallbericht du Bundeskartellamt pour la décision B3-137/12 du 19 août 2014 « Adidas gibt pauschale Verkaufsverbote über Online-Marktplätze auf » p.10 Citation originale: *« Ein wichtiger Aspekt aus Sicht des Bundeskartellamt ist die Freiheit jedes autorisierten Händlers, der adidas-Produkte verkaufen darf, dies auch mithilfe von Suchmaschinenwerbung bewerben zu dürfen »*

²²⁰ Fallbericht du Bundeskartellamt pour la décision B2-98/11 du 26 août 2015 « Rechtswidrige Beschränkung des Online-Vertriebs bei Laufschuhen von Asics » *Asics hat gegen die Entscheidung des Bundeskartellamt Beschwerde zum OLG Düsseldorf eingelegt »*

Ainsi, selon le Bundeskartellamt, limiter l'accès au e-commerce implique la limitation de l'offre de produits au consommateur ce qui empêche une diminution des prix. De plus, ces plateformes, qui donnent suffisamment d'informations aux consommateurs, lui permettent de comparer les prix.

Bien qu'il règne une certaine incertitude due à l'absence de prise de position de la Cour suprême, la doctrine allemande conseille aux fournisseurs de ne pas interdire le recours à ces plateformes à ses distributeurs ²²¹. Le Bundesgerichtshof pourrait cependant bientôt se prononcer puisqu'une affaire concernant l'interdiction de vente sur les plateformes tierces a été portée l'année dernière devant elle à la suite d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Francfort²²².

Il demeure donc finalement une certaine incertitude juridique quant au sort réservé aux plateformes tierces dans le droit de l'Union européenne. Pourtant, le dénouement semble être proche : le tribunal de Francfort a récemment saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'éclaircir l'interdiction de vente sur des plateformes tierces dans des réseaux de distribution sélective justifiée par des normes de qualité et par la protection de l'image de prestige d'une marque dans un arrêt rendu le 19 avril 2016²²³.

Le plus sage serait sans doute, pour les distributeurs, de ne pas les interdire dans les contrats de distribution sélective ou reprendre à la ligne les conditions posées par le considérant 54 des Lignes directrices du 19 mai 2010 à ce sujet dans l'attente d'une réponse des institutions européennes.

²²¹ E. BONACKER, « Fälle zur Regulierung des Internethandels in selektiven und sonstigen Vertriebssysteme » GRUR-Prax 2012, 4 – J. GROSSE « Möglichkeiten und Grenzen einer Beschränkung des Internetvertrieb im Rahmen von Selektivvertriebsvereinbarungen » Newsdienst Compliance 2014, 72020 – cités dans V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13 point 17 p.6

²²² OLG Francfort, 22 décembre 2015 – 11 U 84 Kart

²²³ OLG Francfort, 19 avril 2016 – 11 U 96/14 Kart, GRUR Prax 2016, 275

2. Droit prospectif : vers une intégration des pure-players ?

Le mouvement actuel des autorités de la concurrence peut amener à penser que certaines exceptions à l'interdiction d'interdire la vente sur Internet pourraient disparaître au profit du développement du commerce électronique. Ainsi, les pure-players pourraient être intégrés aux systèmes de distribution sélective. C'est du moins ce que laissent penser les autorités de concurrence allemande et française (a). Finalement, cela s'inscrirait dans le mouvement déjà débuté d'une interdiction totale des restrictions aux ventes en ligne (b).

a) Les positions des autorités de concurrence allemande et française

Si pour l'instant les autorités nationales et européennes ne contestent pas directement l'exclusion des e-players, cette position pourrait bien changer dans les années à venir. Dans leurs deux avis rendus respectivement le 18 septembre 2012 et le 10 octobre 2013, l'Autorité de la concurrence²²⁴ et le Bundeskartellamt²²⁵ semblent être prêts à admettre l'intégration des pure players dans les systèmes de distribution sélective.

En effet, l'avis de l'Autorité de la concurrence souligne que cette interdiction est disproportionnée et que d'autres moyens existeraient pour protéger les investissements des distributeurs traditionnels opérant dans des points de vente physique : « *Les nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales de 2010 ont souligné la faculté pour les fabricants d'exiger des membres de leur réseau de distribution sélective la détention d'un point de vente physique (...) avant de pouvoir vendre en ligne. Pour autant, selon ces mêmes lignes directrices, la faculté pour le fabricant d'organiser une distribution sélective de ses produits et de choisir des critères d'agrément conditionnant la vente en ligne au respect de critères prédéfinis n'est ni générale ni absolue*²²⁶ ».

Elle poursuit en avançant que l'arrivée de certains pure players dans le secteur des produits électrodomestiques et dans le secteur du tourisme, a permis de renverser « *l'oligopole* » des distributeurs traditionnels.

²²⁴ Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012

²²⁵ Avis du Bundeskartellamt « Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie » Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 10 octobre 2013

²²⁶ Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012 p.76

Enfin, elle conclut que les stratégies de distribution des fabricants ne doivent pas pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence entre les distributeurs mais aussi de limiter la pression concurrentielle des e-players²²⁷.

Les autorités de concurrence semblent plus que jamais déterminées à développer le canal de vente par Internet et utilisent le droit de la concurrence pour parvenir à leur fin. Désormais, un distributeur agréé doit pouvoir recourir à la vente sur Internet sauf « exception exceptionnelle ».

Dans le même sens, l'Association Française de l'Étude de la Concurrence s'interroge dans son rapport sur l'économie numérique sur la légitimité d'une telle interdiction et sur l'existence d'alternatives moins restrictives²²⁸. Elle souligne le développement de hotlines performants et rappelle que l'installation à domicile d'un équipement par un professionnel est indépendante du lieu ou de la manière d'acheter. Pour pallier à l'absence de conseils, l'association imagine par exemple la mise en ligne de vidéos de conseils sur les sites de distribution afin de délivrer les conseils nécessaires aux acheteurs.

Cependant, d'autres membres de la même association considèrent que l'intégration des pure-players serait au contraire dangereuse puisque, dans la distribution sélective, les produits vendus nécessitent souvent l'apport d'un conseil au consommateur.

Ainsi, si aujourd'hui ces acteurs sont encore considérés comme porteurs de risque de désorganisation des réseaux de distribution sélective, il n'est pas improbable qu'ils se retrouvent intégrer aux réseaux.

²²⁷ Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012 p.79

²²⁸ Association Française d'Étude de la Concurrence – Rapport sur l'économie numérique, 10 février 2016 p. 17 et 18

b) Vers une pleine interdiction des restrictions en matière de vente en ligne ?

L'omniprésence d'Internet a conduit les autorités de concurrence nationales et européennes à innover et développer une nouvelle politique de concurrence très favorable au développement du e-commerce. Le choix semblerait motivé par le parti pris qu'Internet permettrait d'intensifier la concurrence et d'améliorer le statut de consommateur. Les autorités de concurrence semblent donc avoir privilégié la liberté de vente par Internet au détriment de la cohérence des réseaux de distribution et de la lutte contre le parasitisme²²⁹. Dans leur mouvement du développement du marché intérieur, les institutions européennes baissent peu à peu les barrières protégeant les fournisseurs d'un réseau de distribution sélective : peu à peu, les obstacles à la vente sur Internet au sein d'un réseau de distribution sélective sont levés au motif que le schéma classique de la vente traditionnelle doit évoluer vers un schéma plus moderne qui intègre le commerce en ligne. Cette volonté d'ouvrir et développer le marché intérieur pourrait donc amener à élargir encore et encore le champ de l'interdiction de la prohibition des ventes en ligne.

Malgré le risque de désorganisation des réseaux de distribution sélective et tout en reconnaissant la nécessité de devoir laisser aux fournisseurs une certaine marge de manœuvre dans la mise en place de certaines normes de qualité, certaines autorités de concurrence souhaitent néanmoins ouvrir toujours plus l'accès à la vente en ligne, système qui reçoit toutes leurs éloges. La pratique décisionnelle des autorités juridiques européennes et nationales tend à qualifier toute clause restreignant le commerce en ligne de clause restrictive de concurrence allant même jusqu'à emprunter la qualification de restriction par objet, évitant ainsi de rapporter la preuve des effets anticoncurrentiels concrets que la pratique restrictive engendre.

Pourtant, la prérogative essentielle du fournisseur n'est elle pas de pouvoir organiser son réseau de distribution comme il l'entend s'il n'entrave pas le droit de la concurrence ?

²²⁹ J. VOGEL « Les effets économiques de la distribution par Internet – Le régime juridique des restrictions à la distribution par Internet » point 50 Concurrence n°1/2011

Une future intégration des pure-players s'inscrirait dans la lignée des précédentes décisions rendues, sévères pour les têtes de réseaux. L'obligation de détention d'un point de vente physique faisant actuellement l'objet de nombreux débats en France comme en Allemagne, elle pourrait donc être amenée à disparaître ce qui laisserait la possibilité aux pure players d'intégrer les réseaux de distribution sélective.

Outre le cas des pure players, l'interdiction de vente sur des plateformes tierces pourrait elle aussi devenir obsolète : les autorités de concurrence française et allemande semblent aller dans ce sens.

Pourtant l'interdiction d'interdire la vente sur Internet a déjà bouleversé certaines pratiques au sein de réseaux de distribution sélective et remis en question l'existence même de ce mode de distribution. Pour l'instant, les institutions ont opté pour un système du Brick & Click qui protège encore un peu les fournisseurs mais il se pourrait que d'autres pratiques pouvant restreindre le commerce en ligne soient interdites à l'avenir.

Le 6 mai 2015, la Commission européenne a ouvert une enquête sur le secteur du commerce en ligne²³⁰ et le dénouement de l'enquête pourrait répondre à toutes les interrogations soulevées par la pratique législative et jurisprudentielle aussi bien européenne que nationales concernant les restrictions verticales à la vente en ligne.

²³⁰ Communication de la Commission européenne, 6 mai 2015 ouvrant une enquête sur le secteur du commerce électronique conformément à l'article 17 du règlement n°1/2003 du Conseil

Conclusion

Les restrictions verticales sur Internet en distribution sélective ont été récemment bouleversées. La volonté politico-économique européenne et nationale a conduit à l'adoption du principe de l'interdiction d'interdire la vente en ligne dans les réseaux de distribution sélective. L'arrêt Pierre Fabre²³¹ qui fonde cette interdiction est sévère pour les têtes de réseaux de distribution sélective puisque le système d'exemption qu'il établit semble impossible à appliquer. L'arrêt confirme le choix du système Brick & Click par les institutions européennes et nationales. Pour autant, l'arrêt a été très controversé et a reçu beaucoup de critiques, notamment en raison des impacts d'une telle interdiction en droit de la concurrence et dans le monde économique. Si certaines décisions issues des jurisprudences nationales se montrent plus souples envers les fournisseurs et ont adouci l'interdiction, comme par exemple l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris Bang & Olufsen²³², les dernières exceptions à l'interdiction de la prohibition des ventes sur Internet pourraient, à l'avenir, disparaître et conduire à l'avènement le plus total du e-commerce au détriment des distributeurs traditionnels.

Si la vente par Internet peut intensifier la concurrence et améliorer les services offerts aux consommateurs qui peuvent désormais comparer les prix plus aisément ou acheter sans se déplacer, les distributeurs membres de réseaux de distribution sélective sont plus aptes à satisfaire leur clientèle puisqu'ils se doivent de répondre à des normes qualitatives imposées par leur fournisseur. Si la concurrence des prix peut être limitée par de tels réseaux, ce système peut faire, au contraire, avoir aussi des effets positifs pour le droit de la concurrence.

L'arrivée de nouveaux distributeurs en ligne pourrait nuire au système de distribution sélective qui peut être facilement vulnérable au parasitisme. En effet, les investissements liés au point de vente physique et aux conseils délivrés sont, eux, inexistantes sur les sites de vente en ligne.²³³

²³¹ CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09

²³² Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen

²³³ I. LUC « L'approche de la distribution en ligne par l'autorité de la concurrence » Colloque, Concurrences n°4/2010 point 32

L'OCDE note que l'interdiction d'avoir recours à la vente en ligne ne pourrait avoir d'incidence que sur la concurrence intramarque. L'organisation juge la position jurisprudentielle européenne trop sévère puisqu'interdire la vente sur Internet aux distributeurs d'un réseau de distribution sélective n'aurait pas d'influence sur le consommateur si la concurrence intramarque était vive²³⁴.

Pour l'organisation, l'intérêt du commerce en ligne n'apporte en réalité que des bénéfices à la réalisation du marché intérieur plutôt qu'au droit de la concurrence puisqu'il intègre géographiquement les marchés nationaux.

Finalement, on pourrait se demander si le débat des restrictions verticales aux ventes en ligne n'est pas aujourd'hui dépassé par de nouvelles problématiques liées à la distribution sur Internet. Le développement semble déjà avoir été opéré : en 2015 la France comptait plus de 180 000 sites de vente en ligne, nombre qui a augmenté de 120% en cinq ans²³⁵. La même année, ces ventes opérées en ligne ont générées 65 milliards d'euros²³⁶. A trop encourager les ventes en ligne, les autorités de concurrence pourraient à l'avenir devoir faire face à de nouvelles pratiques anticoncurrentielles réalisées exclusivement par des pure-players abusant les distributeurs.

Pour certains, l'avenir du commerce ne repose d'ailleurs plus sur des acteurs économiques opérant exclusivement sur Internet mais dans une convergence des modèles de vente traditionnelle et de vente en ligne. En effet, certains pure players commencent à intégrer la distribution traditionnelle dans leur business model comme par exemple Amazon, Spartoo, La Redoute, Zalando ou encore ING Direct qui ouvrent des boutiques²³⁷. Ainsi, l'avenir reposerait dans le système actuel du click & mortar.

²³⁴ Table ronde sur les restrictions verticales dans la vente en ligne – Note de Paolo Buccirossi, 11 Septembre 2013, DAF/COMP(2013)1 – Organisation de Coopération et de Développement Économiques p. 37

²³⁵ O. MATHIOT « Les distributeurs traditionnels en 2.0 » Article du 12 septembre 2016 – Les échos

²³⁶ J.M JAMET et A. DROULLE « Vers la convergence du commerce numérique et physique », 11 février 2016, [LSA](#)

²³⁷ J.M JAMET et A. DROULLE « Vers la convergence du commerce numérique et physique », 11 février 2016, [LSA](#)

Certes l'arrivée d'Internet a perturbé le droit de la concurrence mais ce n'est finalement pas la première fois que des innovations impactent ce domaine : la grande distribution ou la vente par correspondance avaient également, à l'époque, été perçues comme un bouleversement pour l'économie et les réseaux de distribution. Finalement, celle-ci semble avoir totalement intégré ces modes de distribution. Comme le note l'avocat G. Amédée-Manesme « *A défaut d'être un long « fleuve tranquille », l'histoire des entreprises et du droit de la concurrence est un « éternel recommencement »* ²³⁸.

²³⁸ G. AMÉDÉE-MANESME « Il est « interdit d'interdire » la vente en ligne par Internet aux membres d'un réseau de distribution sélective » La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°9, 28 Février 2013, 133 Point 11

Table des matières

INTRODUCTION.....	5
I. L'INTERDICTION D'INTERDIRE LES VENTES SUR INTERNET EN DISTRIBUTION SELECTIVE : UNE VOLONTE POLITICO-ECONOMIQUE	8
A) L'ESSOR DE L'ECONOMIE NUMERIQUE ET SON IMPACT EN DROITS FRANÇAIS ET ALLEMAND	8
1. CADRE JURIDIQUE DE LA VENTE EN LIGNE DANS UN RESEAU DE DISTRIBUTION SELECTIVE.....	8
a) Le système de ventes sur internet en distribution sélective et ses sources	9
aa) Le système de distribution sélective	9
bb) Les sources internationales, européennes et nationales sur les restrictions verticales en distribution sélective	13
b) Une volonté politique affirmée du développement du commerce en ligne.....	17
aa) Une volonté européenne.....	17
bb) Une volonté nationale.....	19
2. L'IMPACT D'UN TEL SYSTEME EN DROIT DE LA CONCURRENCE	22
a) Le périmètre de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet.....	22
b) La question de l'élargissement des places de marché.....	23
c) La protection contre certains actes de concurrence déloyale.....	25
d) La question des rémunérations différenciées, système de double prix	26
B) LE FONDEMENT DE L'INTERDICTION D'INTERDIRE LES VENTES PAR INTERNET EN DISTRIBUTION SELECTIVE : L'ARRET PIERRE FABRE	27
1. L'ARRET PIERRE FABRE, FONDATEUR DE L'INTERDICTION D'INTERDIRE LES VENTES PAR INTERNET EN DISTRIBUTION SELECTIVE	27
a) Les faits de l'arrêt Pierre Fabre.....	28
b) Portée de l'arrêt.....	32
2. UN FONDEMENT CONTROVERSE.....	33
a) Une approche formaliste : la restriction par objet.....	34
aa) La notion de restriction par objet.....	34
bb) L'application de la notion de restriction par objet dans l'arrêt Pierre Fabre.....	36
b) L'impossible système d'exemptions	39
aa) L'étroite admission de justifications objectives	39
bb) L'hypothétique exemption individuelle.....	41

II. LES LIMITES DE L'INTERDICTION D'INTERDIRE LA VENTE PAR INTERNET :	
<u>L'ADMISSION DE RESTRICTIONS DE LA DISTRIBUTION PAR INTERNET</u>	<u>44</u>
A) UNE NECESSAIRE ATTENUATION DE L'INTERDICTION D'INTERDIRE LA VENTE SUR INTERNET	44
1. UNE SEVERITE CRITIQUABLE DU POINT DE VUE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DE L'ECONOMIE ASSOUPLEE PAR CERTAINES MODALITES DE VENTE	44
a) Des éventuels effets négatifs sur la concurrence et l'économie.....	45
b) L'admission de certaines régulations : la régulation possible des modalités de vente par Internet	48
2. L'ARRET BANG & OLUFSEN : UNE REMISE EN QUESTION DE LA JURISPRUDENCE PIERRE FABRE ?	51
a) L'application de la jurisprudence Pierre Fabre.....	51
b) Une décision moins sévère : la possible admission d'une exemption individuelle et la réduction de l'amende.....	55
B) L'INTERDICTION DES PURES PLAYERS : LA DIVERGENCE DES JUGES ALLEMANDS ET FRANÇAIS	57
1. DES EXCEPTIONS A L'INTERDICTION D'INTERDIRE	57
a) Le cas des pure-players	57
b) Le cas des plateformes tierces.....	60
2. DROIT PROSPECTIF : VERS UNE INTEGRATION DES PURE-PLAYERS ?	65
a) Les positions des autorités de concurrence allemande et française.....	65
b) Vers une pleine interdiction des restrictions en matière de vente en ligne ?.....	67
<u>CONCLUSION.....</u>	<u>69</u>

Bibliographie

Ouvrages :

Français :

- R. FABRE, P. CHARLES et E. MASSIN, Guide la distribution 2014, Édition LexisNexis - 2014 n°46 et 47 p.16
- D. FERRIER « Répertoire de droit européen - Droit européen » Recueil Dalloz Mars 2011 – Actualisé en juin 2015
- D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, Droit de la concurrence, 2^{ème} édition LexisNexis - 2015
- M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la distribution », 3^{ème} édition, Édition Sirey, 2015
- A. MINC., « Wwww.capitalisme.fr », Édition Grasset, 2000
- G. PARLÉANI, Le « petit commerce » au début du XXI^{ème} siècle, dans *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008
- L. VOGEL et J. VOGEL, « Traité de droit économique », Tome 2 – Droit de la distribution, droits européen et français, Édition LawLex / Bruylant – 2015
- L. VOGEL « Traité de Droit économique » Tome 1 Droit de la concurrence – Droit européen et français - Édition LawLex / Bruylant 2014 - 1^{ère} édition

Articles de doctrine :

Français :

- G. AMÉDÉE-MANESME « Il est interdit d'interdire » la vente en ligne par Internet aux membres d'un réseau de distribution sélective » La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°9, 28 Février 2013, 133
- M. BEHAR-TOUCHAIS « La controverse peut-elle diminuer la gravité d'une pratique d'interdiction de la revente par Internet dans un réseau de distribution ? » Revue des contrats, 1^{er} septembre 2014, n°3
- C. BREL - AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution 2014 p. 308 – « Les plateformes électroniques et la vente de produits bénéficiant d'une distribution sélective »
- M. CHAGNY « Il est raiment interdit d'interdire la vente en ligne aux distributeurs agréés ! » Communication Commerce électronique n°2, Février 2013, comm. 15 Point 22
- E.COMBE « Commerce en ligne et Internet : risques et opportunités pour les entreprises installées » La distribution sur Internet à l'épreuve des règles de concurrence – 5 juin 2013, Mayer Brown Paris
- D. FERRIER, « Interdiction de revente sur Internet : première manche ? » Recueil Dalloz 2013, p.887

- P. de LANZAC et J. HOCHART « 3 Questions Affaire Bang & Olufsen : vers un assouplissement des conditions d'exemption des accords prohibant la vente de produits sur Internet ? » La semaine juridique entreprise et affaires n°23, 5 juin 2014, 394
- V. LASSERRE et P. LE MORE « Internet et les contrats de distribution sélective à la lumière des droits français et allemand » - Contrats concurrence Consommation n°11, Novembre 2015, étude 13
- P. LEMAY « Les nouvelles pratiques contractuelles des réseaux de distribution Pure players et réseaux de distribution autorisée : les clauses à prévoir » RTD Com. 2015
- I. LUC « L'approche de la distribution en ligne par l'autorité de la concurrence » Colloque, Concurrences n°4/2010
- F. ROSATI « Commerce électronique et concurrence : quelle définition du marché ? Que penser des arrêts Pierre Fabre ? » - La distribution sur Internet à l'épreuve des règles de concurrence - 5 juin 2013, Mayer Brown Paris
- A. TERCINET « Réseaux de distribution et vente en ligne : évolutions jurisprudentielles et questions à venir - Les restrictions à la vente en ligne imposées aux distributeurs : l'approche européenne » Lamyline - Revue Lamy de la concurrence - 2014
- J.VANARD « Les acteurs de la distribution en ligne » point 8 Colloque, Concurrences n°4/2010
- C. VILMART « Les nouveaux risques pour la distribution sélective des produits cosmétiques », 20 janvier 2011 La Semaine Juridique Entreprises et Affaires n°3, 1028
- L. VOGEL - La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre - Réseaux de distribution et droit de la concurrence - 14 décembre 2011 - Concurrence n°1/2012
- L. VOGEL « Une nouvelle venue sur la scène du droit de la concurrence : la restriction par objet »- Contrats Concurrence Consommation n°5, Mai 2015
- J. VOGEL « Les effets économiques de la distribution par Internet - Le régime juridique des restrictions à la distribution par Internet » point 50 Concurrence n°1/2011
- L. et J. VOGEL - Aspects économiques des relations fournisseurs-distributeurs - Le droit de la concurrence et le droit de la distribution prennent-ils suffisamment en compte l'analyse économique des restrictions verticales ? Concurrence N°1/2011

Allemand :

- E. BONACKER, « Fälle zur Regulierung des Internethandels in selektiven und sonstigen Vertriebssysteme » GRUR-Prax 2012, 4
- J. GROSSE « Möglichkeiten und Grenzen einer Beschränkung des Internetvertrieb im Rahmen von Selektivvertriebsvereinbarungen » Newsdienst Compliance 2014, 72020

Anglais :

L. VOGEL « The recent Application of European Competition Law to Distribution Agreements : A Return to Formalism ? » - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, N°6 -p.455

Articles de presse :

- J.M JAMET et A. DROULLE « Vers la convergence du commerce numérique et physique », 11 février 2016, **LSA**
- O. MATHIOT « Les distributeurs traditionnels en 2.0 » Article du 12 septembre 2016 – Les Échos
- A. RAYNAL « E-commerce : Caudalie piégée par son mode de distribution » - 2 mars 2016, Article rapportant notamment les propos de Joseph Vogel - BFM Business

Textes de loi, communications, rapports et tables rondes :

- Règlement (CE) n° 19/65 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 – Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A31965R0019>
- 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 Disponible sur: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999R2790&from=FR>
- Règlement (CE) n°330/2010 de la Commission européenne 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 – Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32010R0330>
- Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010 – Disponible sur : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=FR)
- Loi du 2 août 2005 n°2005-882, article. 52
- Avis 12-A-20 de l'Autorité de la concurrence, 18 septembre 2012 Disponible sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12a20.pdf>
- Avis du Bundeskartellamt « Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie » Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 10 octobre 2013

- Communiqué de presse de la Commission européenne, 25 juin 2014 Ententes et abus de position dominante: la Commission adopte une version révisée des règles relatives aux «zones de sécurité» pour les accords d'importance mineure («communication de minimis»)
- Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis), du 30 août 2014, C 291/01
- Commission européenne, 16 décembre 1991, Yves Saint Laurent, Déc. N°92/33/CEE
- Affaire Yves Saint Laurent, Communiqué de la Commission IP/01/713 - 17 mai 2001
- Affaire B&W Loudspeakers, Communiqué de presse de la Commission IP/02/916 - 24 juin 2002
- Communiqué de Presse de l'Autorité de la concurrence du 18 novembre 2015
- Communiqués de presse du Bundeskartellamt du 23 décembre 2013
- Communiqués de presse du Bundeskartellamt 28 novembre 2013
- Communication de la Commission européenne, 6 mai 2015 ouvrant une enquête sur le secteur du commerce électronique conformément à l'article 17 du règlement n°1/2003 du Conseil
- Association Française d'Étude de la Concurrence - Rapport sur l'économie numérique, 10 février 2016
- Table ronde sur les restrictions verticales dans la vente en ligne - Note de Paolo Buccirossi, 11 Septembre 2013, DAF/COMP(2013)1 - Organisation de Coopération et de Développement Économiques
- C. ERHEL et L. DE LA RAUDIÈRE - Rapport d'information sur le développement de l'économie numérique - n°1936 Assemblée nationale- 14 mai 2014

Jurisprudence :

Cour de justice de l'Union européenne :

- CJCE, 13 juillet 1966 Italie contre Conseil et Commission, aff. 32/65, Rec. 563
- CJCE, 13 juillet 1986, Grundig contre Consten, aff. 58/64
- CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmarkte GmbH & Co (KG), aff. 26/76
- CJCE, 10 juillet 1980, Lancôme contre Etos, aff. 99/79
- CJCE, 11 décembre 1980, L'Oréal, aff. 31/80
- CJCE, 25 octobre 1983, AEG-Telefunken/Commission, Aff/ 107/82
- CJUE, 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband, aff. C-322/01
- CJUE, 20 novembre 2008, Beef Industry, aff. C-209/07
- CJUE, 6 octobre 2009, Arrêt GlaxoSmithKline Services e.a./Commission aff. C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P et C-519/06P

- CJUE, 13 octobre 2011 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'Emploi, aff. C-439/09
- Conclusions de l'Avocat Général M. Jan Mazak présentées le 3 mars 2011 dans l'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques SAS

Française :

- Cour de cassation, chambre criminelle, 3 novembre 1982 n°82-90522
- Cour d'appel de Paris, 26 mai 1965, Guerlain
- Cour d'appel de Paris, 16 octobre 2007
- Cour d'appel de Paris, 18 avril 2008, PMC Distribution (SARL) contre Pacific Création (SAS)
- Cour d'appel de Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (SAS)
- Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2013 Pierre Fabre Dermo Cosmétiques
- Cour d'appel de Paris, 13 mars 2014, Bang & Olufsen
- Cour d'appel de Paris, 2 février 2016, eNOVA Santé / Caudalie
- Conseil de la concurrence, Festina France, 24 juillet 2006 – DC n° 06-D-24
- Conseil de la concurrence, 5 octobre 2006, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma, Décision n° 06-D-28
- Conseil de la concurrence – 5 octobre 2006 – Décision N°06-D-28
- Conseil de la concurrence, 8 mars 2007, Décision n°09-D-07
- Autorité de la concurrence, 12 décembre 2012, Décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen, Décision dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma, Décision n° 12-D-23
- Autorité de la concurrence, 23 juillet 2014, Décision n°14-D-07
- Autorité de la concurrence, 24 juin 2015, Décision n°15-D-11

Allemande :

- BGH, 4 novembre 2003, KZR 2/02 – Depotkosmetik im Internet
- Fallbericht du Bundeskartellamt pour la Décision B7-1/13-35 « Seinnheiser hebt für Handler im selektiven Vertriebssystem das Verbot des Verkaufs über « Amazon Marketplace » auf »
- Fallbericht du Bundeskartellamt pour la décision B3-137/12 du 19 août 2014 « Adidas gibt pauschale Verkaufsverbote über Online-Marktplätze auf »
- Fallbericht du Bundeskartellamt pour la décision B2-98/11 du 26 août 2015 « Rechtswidrige Beschränkung des Online-Vertriebs bei Laufschuhen von Asics
- Bundeskartellamt, 20 décembre 2013, HRS Hotel Reservation Service - B9-66/10
- Bundeskartellamt, 27 juin 2014, Adidas – B2-137-12
- Bundeskartellamt, 26 août 2015, Asics - B2-98/11
- LG Berlin, 24 juillet 2007 – 16 O 412/07 Kart – Scout I, KG Berlin, Urt. 19 septembre 2013– 2 U 8/09 ;

- OLG München, 2 juillet 2009 - U (K) 4842/08 - Internetauktionsplattformen
- OLG Karlsruhe, 25 novembre 2009 - 6 U 47/08 - Schulranzen ;
- LG Kiel, 8 novembre 2013 - 14 O 44/13
- OLG Francfort, 22 décembre 2015 - 11 U 84 Kart
- OLG Francfort, 19 avril 2016 - 11 U 96/14 Kart, GRUR Prax 2016, 275

Américaine :

- Cour Suprême des États-Unis - Arrêt Khan, 522 US 3 (1997)

Sources internet :

- BRUNETTI, « Droit de la concurrence et droit des contrats », p.3 - Site du Réseau Européen Droit & Société/European Network on Law and Society- Disponible sur : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/brunetti.htm>
- L. Vogel « Distribution sélective - Interdiction de vente sur Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective : une nouvelle évolution depuis l'arrêt Pierre Fabre ? » Blog Vogel & Vogel - 18 mars 2014
- J.VOGEL « Les restrictions verticales dans la vente en ligne » p.1 - Disponible sur : http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Reden/Joseph%20Vogel%20-%20Les%20restrictions%20verticales%20dans%20la%20vente%20en%20ligne.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Annexes

ARTICLE 101 TFUE	81
ARTICLE L420-1 CODE DE COMMERCE	82
ARTICLE L420-4 DU CODE DE COMMERCE	82
§§1,2 GWB.....	83
REGLEMENT (UE) N°330/2010	84
REGLEMENT (CE) N° 2790/1999	90
ARRET PIERRE FABRE DERMO-COSMETIQUE RENDU PAR LA CJUE LE 13 OCTOBRE 2011 AFFAIRE C-439/09.....	95
ARRET PIERRE FABRE DERMO-COSMETIQUES RENDU PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS LE 31 JANVIER 2013.....	116
ARRET BANG & OLUFSEN RENDU PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS LE 13 MARS 2014.....	137
BUNDESKARTELLAMT, 27 JUIN 2014, ADIDAS – B2-137-12 - FALLBERICHT	150
BUNDESKARTELLAMT, 26 AOUT 2015, ASICS - B2-98/11 – FALLBERICHT	160

Article 101 TFUE

(ex-article 81 TCE)

1. 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 à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. 3. 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.

Article L420-1 Code de commerce

Modifié par [Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 52 JORF 16 mai 2001](#)

Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement

Article L420-4 du Code de commerce

Modifié par [LOI n°2012-1270 du 20 novembre 2012 - art. 5 \(V\)](#)

I.-Ne sont pas soumises aux dispositions des [articles L. 420-1](#) et [L. 420-2](#) les pratiques :

1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II.-Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

III.-Ne sont pas soumis aux dispositions de [l'article L. 420-2-1](#) les accords ou pratiques concertées dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

§§1,2 GWB

§ 1 Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.

§ 2 Freigestellte Vereinbarungen

(1) Vom Verbot des § 1 freigestellt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

1 Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele
. nicht unerlässlich sind, oder

2 Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der
. betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

(2) Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Europäischen Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. Dies gilt auch, soweit die dort genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beeinträchtigen.

II

(Actes non législatifs)

RÈGLEMENTS

RÈGLEMENT (UE) 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

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le règlement n° 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 1^{er},

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 n° 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⁽²⁾ à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

(2) Le 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⁽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.

(1) JO 36 du 6.3.1965, p. 533.

(2) À compter du 1^{er} décembre 2009, l'article 81 du traité CE est devenu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les deux dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins du présent règlement, les références faites à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'entendent, s'il y a lieu, comme faites à l'article 81 du traité CE.

(3) JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

- (6) Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité 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'efficacité 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 part 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'efficacité. 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) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité⁽¹⁾, 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) n° 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) n° 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.

(1) JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

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'acquiescer 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) «acheteurs», 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'acheteurs», 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 «entreprises», «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 influencer, 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'équivalent 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 n° 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 1^{er}, 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 1^{er}, 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 %.

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

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu le règlement n° 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⁾, modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1215/1999⁽²⁾, et notamment son article 1^{er},après publication du projet de règlement⁽³⁾,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit:

- (1) En vertu du règlement n° 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer, par voie de règlement, l'article 81, paragraphe 3 (ex-article 85, paragraphe 3), du traité à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1.
- (2) L'expérience acquise jusqu'à présent permet de définir une catégorie d'accords verticaux dont on peut considérer qu'ils remplissent normalement les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3.
- (3) Cette catégorie comprend les accords verticaux pour l'achat ou la 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; pour l'application du présent règlement, le terme accords verticaux comprend les pratiques concertées correspondantes.
- (4) Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 81, paragraphe 3, par voie de règlement, de définir les accords verticaux qui sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. L'évaluation individuelle d'accords au titre de l'article 81, paragraphe 1, exige la prise en compte de plusieurs facteurs, en particulier 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 aux accords verticaux dont on peut présumer

avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3.

- (6) Les accords verticaux relevant de la catégorie définie dans le présent règlement peuvent améliorer l'efficacité 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 un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes.
- (7) La probabilité que de tels gains d'efficacité 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 des autres fournisseurs de biens et de services que l'acheteur considère 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 que le fournisseur détient sur le marché pertinent ne dépasse pas 30 %, que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte; dans le cas d'accords verticaux qui contiennent des obligations de fourniture exclusive, c'est la part de marché de l'acheteur qu'il y a lieu de prendre en considération afin de déterminer l'effet global de ces accords sur le marché.
- (9) Il n'est pas possible de présumer que, au-dessus du seuil de part de marché de 30 %, les accords verticaux tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, entraînent en général des avantages objectifs de caractère et de taille de nature à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence.
- (10) Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les effets positifs mentionnés ci-dessus; en particulier des accords verticaux contenant certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, 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.

⁽¹⁾ JO 36 du 6.3.1965, p. 533/65.⁽²⁾ JO L 148 du 15.6.1999, p. 1.⁽³⁾ JO C 270 du 24.9.1999, p. 7.

- (11) Afin de garantir l'accès au marché pertinent ou de prévenir la 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 aux obligations 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 de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés 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 il subordonne l'exemption assurent en général que les accords auxquels s'applique l'exemption par catégorie ne donneront pas la possibilité aux entreprises participantes d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.
- (13) Dans des cas particuliers où les accords qui relèvent du présent règlement ont cependant des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie. Ceci peut en particulier se produire lorsque l'acheteur a un pouvoir de marché important sur le marché en cause sur lequel il revend les biens ou fournit les services ou lorsque des réseaux parallèles d'accords verticaux produisent des effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché; de tels effets cumulatifs peuvent par exemple se produire dans les cas de distribution sélective ou d'obligations de non concurrence.
- (14) Le règlement n° 19/65/CEE habilite les autorités compétentes des États membres à retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie aux accords verticaux ayant certains effets incompatibles avec les conditions posées par l'article 81, paragraphe 3, lorsque ces effets sont perceptibles sur l'ensemble ou une partie du territoire de ces États membres, et que ce territoire présente les caractéristiques d'un marché géographique distinct; les États membres doivent s'assurer que l'exercice de ce pouvoir de retrait ne porte pas préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles de concurrence communautaires et au plein effet des actes pris en application de ces règles.
- (15) Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets restrictifs similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut déclarer le présent règlement inapplicable à des accords verticaux contenant des restrictions déterminées qui sont pratiquées sur le marché concerné, restaurant ainsi la pleine application de l'article 81 à l'égard de ces accords.
- (16) Le présent règlement s'applique sans préjudice de l'application de l'article 82.
- (17) Conformément au principe de primauté du droit communautaire, aucune mesure prise en application du droit national de la concurrence ne doit porter préjudice à l'application uniforme des règles communautaires de concurrence sur le marché commun et à l'effet utile de toute mesure prise en application de ces règles, y compris le présent règlement.

A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

Article premier

Pour l'application du présent règlement:

- a) des «entreprises concurrentes» sont des fournisseurs actuels ou potentiels sur le même marché de produits; le marché de produits comprend les biens ou services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables avec les biens ou services contractuels en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés;
- b) «obligation de non-concurrence» signifie 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 d'acquiescer 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 pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente;
- c) «obligation de fourniture exclusive» signifie toute obligation directe ou indirecte imposant au fournisseur de ne vendre les biens ou les services désignés dans l'accord qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté en vue d'un usage déterminé ou de la revente;
- d) un «système de distribution sélective» est un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les 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;
- e) les «droits de propriété intellectuelle» comprennent les droits de propriété industrielle, les droits d'auteur et les droits voisins;
- f) les «savoir-faire» signifie 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, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible; «substantiel» signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour 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 doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité;
- g) par «acheteur», on entend: une entreprise qui, en vertu d'un accord tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise.

Article 2

1. Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 81, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (ci-après dénommés «accords verticaux»).

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 (ci-après dénommées «restrictions verticales»).

2. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique uniquement 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; des accords verticaux conclus par ces associations sont couverts par le présent règlement sans préjudice de l'application de l'article 81 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 tels accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique aux dites dispositions sous réserve qu'en relation avec les biens ou les services contractuels, elles ne comportent pas de restrictions de concurrence ayant un objet ou un effet 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 chiffre d'affaires annuel total de l'acheteur ne dépasse pas 100 millions d'euros ou que
 - b) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens alors que l'acheteur est un distributeur qui ne fabrique pas des biens concurrents des biens contractuels ou que
 - c) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux du commerce alors que l'acheteur ne fournit pas de services concurrents au niveau du commerce 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.

Article 3

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels.

2. Dans le cas d'accords verticaux contenant des obligations de fourniture exclusive, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou les services contractuels.

Article 4

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:

- a) la restriction de 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'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle;
- b) la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf:
 - la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des clients de l'acheteur,
 - la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un acheteur qui opère en tant que grossiste sur le marché,
 - la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agréés et
 - la restriction de la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient utiliser ces composants pour la fabrication de biens similaires à ceux produits par le fournisseur des composants;
- c) 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;
- d) la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce;
- e) la restriction convenue entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants lorsque le fournisseur est restreint dans la vente de ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals ou 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

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique à aucune des 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; une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans doit être considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée; cette 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 ces obligations de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur;
- 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, sauf si cette obligation:
 - concerne des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels et
 - est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat et
 - est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur,
 à condition que la durée d'une telle obligation de non-concurrence soit limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord; la présente obligation 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;
- c) toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un système de distribution sélective de ne pas vendre des marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Article 6

Conformément à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, des accords verticaux exemptés en vertu du présent règlement ont cependant des effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues par l'article 81, paragraphe 3, du traité, en particulier lorsque l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents.

Article 7

Lorsque, dans un cas déterminé, des accords verticaux auxquels l'exemption prévue à l'article 2 s'applique produisent des effets incompatibles avec les conditions prévues par l'article 81, paragraphe 3, du traité sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'autorité compétente de cet État membre peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement sur ce territoire, dans les conditions prévues à l'article 6.

Article 8

1. Conformément à l'article 1^{er} bis du règlement n° 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.

2. Tout règlement adopté en vertu du paragraphe 1 ne s'applique qu'après au moins six mois à compter de son adoption.

Article 9

1. La part de marché de 30 % prévue à l'article 3, paragraphe 1, est calculée sur la base de la valeur des ventes, sur le marché, des biens ou des services contractuels ainsi que des autres biens ou services vendus par le fournisseur que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés; en l'absence de données relatives à la valeur des ventes sur le marché, la détermination de la part de marché de l'entreprise concernée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes sur celui-ci. Aux fins de l'application de l'article 3, paragraphe 2, c'est respectivement la valeur des achats sur le marché ou son estimation qui est utilisée pour calculer la part de marché.

2. 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 est calculée sur la base de données relatives à l'année civile précédente;
- b) la part de marché inclut les biens ou les services fournis aux distributeurs intégrés aux fins de la vente;
- c) si la part de marché franchit le seuil de 30 %, mais ne dépasse pas 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil a dépassé 30 %;
- d) si la part de marché franchit le seuil de 30 % et dépasse le seuil de 35 %, l'exemption prévue par l'article 2 continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année pendant laquelle le niveau de 35 % a été dépassé;
- e) le bénéfice des points c) et d) ne peut pas être combiné de manière à dépasser une période de deux années civiles.

Article 10

1. Le calcul du chiffre d'affaires annuel total au sens de l'article 2, paragraphe 2, et de l'article 2, paragraphe 4, résulte de l'addition du chiffre d'affaires, hors taxes et autres réductions, réalisé au cours de l'exercice précédent par la partie concernée à l'accord vertical et du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises qui lui sont 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 les entreprises qui lui sont liées ni de celles qui sont intervenues entre ces dernières entreprises.

2. L'exemption prévue à l'article 2 reste applicable si, pendant une période de deux exercices consécutifs, le seuil du chiffre d'affaires annuel total n'est pas dépassé de plus de 10 %.

Article 11

1. Pour l'application du présent règlement, les termes «entreprises», «fournisseurs» et «acheteurs» comprennent leurs entreprises liées respectives.

2. Sont considérées comme entreprises liées:

- a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord dispose directement ou indirectement
 - de plus de la moitié des droits de vote ou
 - du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou
 - du droit de gérer les affaires de l'entreprise;
- b) les entreprises qui disposent directement ou indirectement dans une entreprise partie à l'accord 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 plusieurs de ces dernières entreprises disposent ensemble des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);
- e) les entreprises dans lesquelles des droits ou des pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:
 - des parties à l'accord ou leurs entreprises liées respectives visées aux points a) à d) ou

— une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs de leurs entreprises liées visées aux points a) à d) et une ou plusieurs parties tierces.

3. Aux fins de l'application de l'article 3, la part de marché détenue par les entreprises visées au paragraphe 2, point e), du présent article doit être imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs énumérés au paragraphe 2, point a).

Article 12

1. Les exemptions prévues par les règlements (CEE) n° 1983/83⁽¹⁾, (CEE) n° 1984/83⁽²⁾ et (CEE) n° 4087/88⁽³⁾ de la Commission continuent de s'appliquer jusqu'au 31 mai 2000.

2. L'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, pendant la période du 1^{er} juin 2000 au 31 décembre 2001, aux accords déjà en vigueur au 31 mai 2000 qui ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais qui remplissent les conditions d'exemption prévues par les règlements (CEE) n° 1983/83, (CEE) n° 1984/83 ou (CEE) n° 4087/88.

Article 13

Le présent règlement entre en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

Il est applicable à partir du 1^{er} juin 2000, à l'exception de l'article 12, paragraphe 1, qui est applicable à partir du 1^{er} janvier 2000.

Le présent règlement expire le 31 mai 2010.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 22 décembre 1999.

Par la Commission

Mario MONTI

Membre de la Commission

⁽¹⁾ JO L 173 du 30.6.1983, p. 1.

⁽²⁾ JO L 173 du 30.6.1983, p. 5.

⁽³⁾ JO L 359 du 28.12.1988, p. 46.

Arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique rendu par la CJUE le 13 octobre 2011
Affaire C-439/09

PIERRE FABRE DERMO-COSMÉTIQUE

ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre)

13 octobre 2011 *

Dans l'affaire C-439/09,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par la cour d'appel de Paris (France), par décision du 29 octobre 2009, parvenue à la Cour le 10 novembre 2009, dans la procédure

Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS

contre

Président de l'Autorité de la concurrence,

Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi,

en présence de:

Ministère public,

* Langue de procédure: le français.

Commission européenne,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de chambre, MM. E. Juhász (rapporteur),
G. Arestis, T. von Danwitz et D. Šváby, juges,

avocat général: M. J. Mazák,
greffier: M^{me} R. Șereș, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 11 novembre 2010,

considérant les observations présentées:

- pour Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, par M^e J. Philippe, avocat,

- pour le président de l'Autorité de la concurrence, par MM. B. Lasserre et F. Zivy
ainsi que par M^{mes} I. Luc et L. Gauthier-Lescop,

- pour le gouvernement français, par MM. G. de Bergues et J. Gstalter, en qualité
d'agents,

- pour le gouvernement italien, par M. M. Massella Ducci Teri, avvocato dello Stato,

- pour le gouvernement polonais, par M. M. Szpunar, en qualité d'agent,

- pour la Commission européenne, par MM. P.J.O. Van Nuffel et A. Bouquet, en qualité d'agents,

- pour l'Autorité de surveillance AELE, par M. O. Einarsson et M^{me} F. Simonetti, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 3 mars 2011,

rend le présent

Arrêt

- ¹ La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 81, paragraphes 1 et 3, CE et 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 (JO L 336, p. 21).

- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un recours en annulation et, subsidiairement, en réformation de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS (ci-après «Pierre Fabre Dermo-Cosmétique») contre la décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 (ci-après la «décision litigieuse») du Conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence depuis le 13 janvier 2009), au sujet de l'interdiction faite par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, contenue dans ses contrats de distribution sélective, aux distributeurs qu'elle a au préalable choisi d'agréer, de vendre sur Internet ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, et ce en infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ainsi que de l'article 81 CE.

Le cadre juridique

La réglementation de l'Union

- 3 Le dixième considérant du règlement n° 2790/1999 précise:

«Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les effets positifs mentionnés ci-dessus; en particulier des accords verticaux contenant certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, 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 1^{er}, sous d), du règlement n° 2790/1999 définit «un système de distribution sélective» comme «un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les 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».

5 L'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 2790/1999 dispose:

«Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité [article 101, paragraphe 3, TFUE], et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 81, paragraphe 1, du traité [article 101, paragraphe 1, TFUE] est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (ci-après dénommés 'accords verticaux').»

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 [article 101, paragraphe 1, TFUE] (ci-après dénommées 'restrictions verticales').»

6 Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du même règlement, «[...] l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30% du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels».

- 7 L'article 4 du règlement n° 2790/1999 prévoit que l'exemption de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE [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:

«[...]

- c) 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;

[...]»

La réglementation nationale

- 8 L'article L. 420-1 du code de commerce français dispose:

«Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à:

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;

I - 9452

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.»

Le litige au principal et la question préjudicielle

- 9 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique est l'une des sociétés du groupe Pierre Fabre. Elle a pour activité la fabrication et la commercialisation de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et dispose de plusieurs filiales parmi lesquelles, notamment, les laboratoires Klorane, Ducray, Galénic et Avène, dont les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sont vendus, sous ces marques, majoritairement par l'intermédiaire de pharmaciens, sur le marché français comme sur le marché européen.
- 10 Les produits en cause sont des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle qui n'entrent pas dans la catégorie des médicaments et échappent, dès lors, au monopole des pharmaciens prévu par le code de la santé publique.
- 11 Pour l'année 2007, le groupe Pierre Fabre détenait 20 % du marché français de ces produits.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 15 Par une décision en date du 27 juin 2006, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

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

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

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

- 19 Dans la décision litigieuse, l'Autorité de la concurrence a, tout d'abord, relevé que cette interdiction de vente par Internet équivalait à une limitation de la liberté commerciale des distributeurs de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique en excluant un moyen de commercialisation de ses produits. De plus, cette prohibition restreignait le choix des consommateurs désireux d'acheter par Internet et, enfin, empêchait les ventes aux acheteurs finals qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise «physique»

du distributeur agréé. Selon ladite autorité, cette limitation a nécessairement un objectif restrictif de la concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation inhérente au choix même d'un système de distribution sélective par le fabricant, qui limite le nombre de distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de vendre le produit à des distributeurs non agréés.

- 20 La part de marché de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique étant inférieure à 30 %, l'Autorité de la concurrence a examiné si la pratique restrictive de concurrence pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999. Or, bien que la pratique d'interdiction de vente par Internet ne soit pas expressément visée dans ce règlement, elle équivaudrait à une interdiction de ventes actives et passives. Par conséquent, la pratique relèverait de l'article 4, sous c), dudit règlement, qui exclut du bénéfice de l'exemption automatique par catégorie les restrictions de ventes actives ou passives par les membres d'un système de distribution sélective.
- 21 Selon l'Autorité de la concurrence, l'interdiction de vente sur Internet ne remplit pas les conditions de l'exception prévue à l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 selon lequel ces restrictions de ventes sont sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer «à partir d'un lieu d'établissement non autorisé». En effet, Internet serait non pas un lieu de commercialisation, mais un moyen de vente alternatif utilisé comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques.
- 22 En outre, l'Autorité de la concurrence a relevé que Pierre Fabre Dermo-Cosmétique n'a pas démontré qu'elle pouvait bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE et de l'article L. 420-4, paragraphe 1, du code de commerce.

- 23 À cet égard, ladite autorité a rejeté l'argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique selon lequel l'interdiction de vente par Internet en cause contribuerait à améliorer la distribution des produits dermo-cosmétiques en prévenant les risques de contrefaçon et de parasitisme entre officines agréées. Le choix effectué par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique d'un système de distribution sélective, avec la présence d'un pharmacien sur les lieux de vente, garantirait que le service de conseil soit dispensé dans toutes les officines agréées et que chacune en supporte le coût.
- 24 En réponse à l'argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique sur la nécessité de la présence physique d'un pharmacien lors de l'achat d'un des produits en cause, afin de garantir le bien-être du consommateur, l'Autorité de la concurrence a tout d'abord relevé que les produits concernés n'étaient pas des médicaments. À ce titre, la réglementation particulière dont ils font l'objet concerne les normes qui s'appliquent à leur fabrication et non à leur distribution qui est libre, et, en outre, l'établissement d'un diagnostic n'entre pas dans les pouvoirs d'un pharmacien, seul le médecin y étant autorisé. L'Autorité de la concurrence a ensuite transposé la jurisprudence *Deutscher Apothekerverband* (arrêt du 11 décembre 2003, C-322/01, Rec. p. I-14887), relative aux restrictions apportées à la distribution sur Internet de médicaments non soumis à prescription médicale, pour les produits en cause.
- 25 Selon l'Autorité de la concurrence, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne démontre pas davantage en quoi le contact visuel entre le pharmacien et les utilisateurs du produit permettrait d'assurer la «cosmétovigilance» qui imposerait aux professionnels de la santé de constater et de signaler les effets indésirables des produits cosmétiques. En effet, l'observation des effets négatifs des produits en cause ne pourrait apparaître qu'après l'utilisation du produit et non pas au moment de son achat. En cas de problèmes liés à son utilisation, le patient aura tendance à consulter un médecin.
- 26 En réponse au dernier argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, l'Autorité de la concurrence n'a pas considéré comme pertinent le fait que la distribution par Internet n'entraînerait pas de baisse de prix. Le gain pour le consommateur résiderait non

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

- ²⁷ L'Autorité de la concurrence a ainsi conclu que l'interdiction faite par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique à ses distributeurs agréés de vendre par l'intermédiaire d'Internet constitue une restriction à la concurrence contraire à l'article 81 CE et à l'article L. 420-1 du code de commerce, et l'a enjointe de supprimer dans ses contrats de distribution sélective toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément dans ses contrats la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a été condamnée à une amende de 17 000 euros.
- ²⁸ Le 24 décembre 2008, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a introduit un recours en annulation et, subsidiairement, en réformation de la décision litigieuse devant la cour d'appel de Paris. Dans le même temps, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a demandé au premier président de celle-ci de prononcer un sursis à l'exécution de la décision litigieuse. Au soutien de son recours, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a fait valoir, principalement, que la décision litigieuse est entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle a privé la pratique litigieuse tant du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999 que de celui de l'exemption individuelle prévue à l'article 81, paragraphe 3, CE.
- ²⁹ Le 18 février 2009, le premier président de la cour d'appel de Paris a ordonné le sursis à l'exécution des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence à l'encontre de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique jusqu'à ce que la juridiction de renvoi statue sur le bien-fondé du recours.

- ³⁰ Dans sa décision de renvoi, la cour d'appel de Paris, après avoir rappelé les motivations de la décision litigieuse, ainsi que la teneur des observations écrites que la Commission européenne a présentées en vertu de l'article 15, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1, p. 1), a néanmoins relevé que ni les lignes directrices de la Commission ni l'avis de cette institution ne présentaient un caractère contraignant pour les juridictions nationales.
- ³¹ Dans ces conditions, la cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«[L]’interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d’un réseau de distribution sélective constitue[-t-elle] effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l’article 81, paragraphe 1, du traité CE [article 101, paragraphe 1, TFUE] 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 [article 101, paragraphe 3, TFUE][?]»

Sur la question préjudicielle

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

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

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

- ³⁴ À titre liminaire, il y a lieu de rappeler 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).

- ³⁵ Aux fins d'apprécier si la clause contractuelle en cause comporte une restriction de concurrence «par objet», il convient de s'attacher à la teneur de la clause, aux objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère (voir arrêt GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., précité, point 58 ainsi que jurisprudence citée).

- ³⁶ Les contrats de distribution sélective en cause disposent, s'agissant des ventes des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle des marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray, que celles-ci doivent être réalisées dans un espace physique, dont les critères sont définis avec précision, et avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie.
- ³⁷ Selon la juridiction de renvoi, l'exigence de la présence obligatoire d'un pharmacien diplômé dans un espace de vente physique interdit de facto aux distributeurs agréés toute forme de vente par Internet.
- ³⁸ Ainsi que le soulève la Commission, la clause contractuelle en cause, en excluant de facto un mode de commercialisation de produits ne requérant pas le déplacement physique du client, réduit considérablement la possibilité d'un distributeur agréé de vendre les produits contractuels aux clients situés en dehors de son territoire contractuel ou de sa zone d'activité. Elle est donc susceptible de restreindre la concurrence dans ce secteur.
- ³⁹ S'agissant des accords qui constituent un système de distribution sélective, la Cour a déjà relevé que de tels accords influencent nécessairement la concurrence dans le marché commun (arrêt du 25 octobre 1983, 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».
- 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 AEG-Telefunken/Commission, précité, point 33).

⁴¹ 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).

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

⁴³ Certes, il est constant que, dans le cadre du réseau de distribution sélective de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels. Toutefois, il convient encore de vérifier si les restrictions de la concurrence poursuivent d'une manière proportionnée les objectifs légitimes conformes aux considérations exposées au point 41 du présent arrêt.

⁴⁴ 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, Rec. p. I-12213, point 76).

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

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

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

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

- 48 Au cas où il serait établi qu'un accord ou une clause contractuelle restreindrait la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il appartiendra à la juridiction de renvoi d'examiner si les conditions du paragraphe 3 de cet article sont réunies.
- 49 La possibilité pour une entreprise de bénéficier, à titre individuel, de l'exception légale prévue à l'article 101, paragraphe 3, TFUE découle directement du traité. Elle n'est contestée dans aucune des observations soumises à la Cour. Cette possibilité est également offerte à la requérante au principal.
- 50 En revanche, à cet égard, étant donné que la Cour ne dispose pas d'éléments suffisants pour apprécier si le contrat de distribution sélective satisfait aux conditions de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, elle ne peut pas fournir d'indications supplémentaires à la juridiction de renvoi.
- 51 En ce qui concerne la possibilité pour le contrat de distribution sélective de bénéficier de l'exemption par catégorie du règlement n° 2790/1999, il convient de relever que les catégories d'accords verticaux qui peuvent en bénéficier ont été définies par la Commission dans ledit règlement, sur le fondement de l'autorisation du Conseil contenue dans le règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article [81] paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 1965, 36, p. 533).
- 52 En vertu des articles 2 et 3 du règlement n° 2790/1999, un fournisseur, dans le cadre d'un système de distribution sélective, peut, en principe, bénéficier d'une exemption, lorsque sa part de marché ne dépasse pas 30 %. Il ressort du dossier soumis à la Cour que la part de marché de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne dépasse pas ce seuil. En revanche, ce règlement, en application de l'article 2 du règlement n° 19/65, a exclu

certain types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, indépendamment de la part de marché des entreprises concernées.

- 53 Ainsi, il résulte de l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs, sous le contrôle des parties, qui ont pour objet la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé.
- 54 Une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par Internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution sélective.
- 55 Selon Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, l'interdiction de vendre les produits contractuels par Internet équivaut toutefois à une interdiction d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. Étant donné que, ainsi, les conditions de l'exemption prévues par la disposition in fine, citée au point 53, sont remplies, ledit article 4 ne lui serait pas applicable.
- 56 Il convient de constater que l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999, en mentionnant «un lieu d'établissement» ne vise que des points de vente où des ventes directes se pratiquent. La question qui se pose est celle de savoir si ce terme peut être étendu, par une interprétation large, au lieu à partir duquel les services de vente par Internet sont fournis.

- 57 En ce qui concerne cette question, il convient de relever que, une entreprise ayant la faculté, en toutes circonstances, de soulever, à titre individuel, l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, ses droits pouvant ainsi être protégés, il n'y a pas lieu de donner une interprétation large aux dispositions qui font entrer les accords ou les pratiques dans l'exemption par catégorie.
- 58 Ainsi, une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation ne saurait être considérée comme une clause interdisant aux membres du système de distribution sélective concerné d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999.
- 59 Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux deuxième et troisième branches de la question posée que l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 doit être interprété en ce sens que l'exemption par catégorie prévue à l'article 2 dudit règlement ne s'applique pas à un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels. En revanche, un tel contrat peut bénéficier, à titre individuel, de l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, TFUE si les conditions de cette disposition sont réunies.

Sur les dépens

- 60 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 (troisième chambre) 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.

Signatures

Arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques rendu par la Cour d'appel de Paris le
31 janvier 2013

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 31 JANVIER 2013

(n° 10, 23-pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 2008/23812

Décision déferée à la Cour : n° 08-D-25 rendue le 29 octobre 2008
par le CONSEIL DE LA CONCURRENCE

DEMANDERESSE AU RECOURS :

- La société PIERRE FABRE DERMO-COSMÉTIQUE, S.A.S.
prise en la personne de ses représentants légaux
dont le siège social est : 45 place Abel Gance 92654 BOULOGNE

assistée par :

- la SELARL RECAMIER AVOCATS ASSOCIÉS
avocats associés au barreau de PARIS
5 rue Récamier 75007 PARIS
- Maître Jérôme PHILIPPE,
avocat au barreau de PARIS
Cabinet FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP
2 rue Paul Cézanne 75008 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- M. LE PRÉSIDENT DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE
11 rue de l'Echelle
75001 PARIS
représenté par Mme Laure GAUTHIER, munie d'un pouvoir

- M. LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DU COMMERCE
EXTÉRIEUR
D.G.C.C.R.F
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS CEDEX 13
représentée par M. André MARIE, muni d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 11 octobre 2012, en audience publique, devant la Cour
composée de :

- M. Christian REMENIERAS, Président
- Mme Pascale BEAUDONNET, Conseillère
- Mme Valérie MICHEL-AMSELLEM, Conseillère

qui en ont délibéré

Commission européenne,

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de chambre, MM. E. Juhász (rapporteur),
G. Arestis, T. von Danwitz et D. Šváby, juges,

avocat général: M. J. Mazák,
greffier: M^{me} R. Șereș, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 11 novembre 2010,

considérant les observations présentées:

- pour Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, par M^e J. Philippe, avocat,

- pour le président de l'Autorité de la concurrence, par MM. B. Lasserre et F. Zivy
ainsi que par M^{mes} I. Luc et L. Gauthier-Lescop,

- pour le gouvernement français, par MM. G. de Bergues et J. Gstalter, en qualité
d'agents,

- pour le gouvernement italien, par M. M. Massella Ducci Teri, avvocato dello Stato,

- pour le gouvernement polonais, par M. M. Szpunar, en qualité d'agent,

- pour la Commission européenne, par MM. P.J.O. Van Nuffel et A. Bouquet, en qualité d'agents,

- pour l'Autorité de surveillance AELE, par M. O. Einarsson et M^{me} F. Simonetti, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 3 mars 2011,

rend le présent

Arrêt

- ¹ La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 81, paragraphes 1 et 3, CE et 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 (JO L 336, p. 21).

- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un recours en annulation et, subsidiairement, en réformation de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS (ci-après «Pierre Fabre Dermo-Cosmétique») contre la décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 (ci-après la «décision litigieuse») du Conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence depuis le 13 janvier 2009), au sujet de l'interdiction faite par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, contenue dans ses contrats de distribution sélective, aux distributeurs qu'elle a au préalable choisi d'agréer, de vendre sur Internet ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, et ce en infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ainsi que de l'article 81 CE.

Le cadre juridique

La réglementation de l'Union

- 3 Le dixième considérant du règlement n° 2790/1999 précise:

«Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les effets positifs mentionnés ci-dessus; en particulier des accords verticaux contenant certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, 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 1^{er}, sous d), du règlement n° 2790/1999 définit «un système de distribution sélective» comme «un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les 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».

5 L'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 2790/1999 dispose:

«Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité [article 101, paragraphe 3, TFUE], et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 81, paragraphe 1, du traité [article 101, paragraphe 1, TFUE] est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (ci-après dénommés 'accords verticaux').»

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 [article 101, paragraphe 1, TFUE] (ci-après dénommées 'restrictions verticales').»

6 Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, du même règlement, «[...] l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30% du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels».

- 7 L'article 4 du règlement n° 2790/1999 prévoit que l'exemption de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE [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:

«[...]

- c) 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;

[...]»

La réglementation nationale

- 8 L'article L. 420-1 du code de commerce français dispose:

«Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à:

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;

I - 9452

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.»

Le litige au principal et la question préjudicielle

- 9 Pierre Fabre Dermo-Cosmétique est l'une des sociétés du groupe Pierre Fabre. Elle a pour activité la fabrication et la commercialisation de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et dispose de plusieurs filiales parmi lesquelles, notamment, les laboratoires Klorane, Ducray, Galénic et Avène, dont les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sont vendus, sous ces marques, majoritairement par l'intermédiaire de pharmaciens, sur le marché français comme sur le marché européen.
- 10 Les produits en cause sont des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle qui n'entrent pas dans la catégorie des médicaments et échappent, dès lors, au monopole des pharmaciens prévu par le code de la santé publique.
- 11 Pour l'année 2007, le groupe Pierre Fabre détenait 20 % du marché français de ces produits.

- 12 Les contrats de distribution desdits produits concernant les marques Klorane, Ducray, Galénic et Avène précisent que les ventes doivent exclusivement être réalisées dans un espace physique, avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie.
- 13 Les articles 1.1 et 1.2 des conditions générales de distribution et de vente des marques précisent:

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

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

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

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

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

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

- 14 Ces exigences excluent de facto toute forme de vente par Internet.
- 15 Par une décision en date du 27 juin 2006, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.
- 16 Par décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007, l'Autorité de la concurrence a accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par l'ensemble des entreprises concernées, à l'exception de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective afin de prévoir la possibilité pour les membres de leur réseau, sous certaines conditions, de vendre leurs produits sur Internet. S'agissant de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, la procédure ouverte à son encontre a suivi son cours.
- 17 Au cours de la procédure administrative, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a expliqué que les produits en cause, par leur nature, nécessitent la présence physique d'un diplômé en pharmacie sur le lieu de vente à toute heure d'ouverture, afin que le client puisse, en toutes circonstances, demander et obtenir l'avis personnalisé d'un spécialiste, fondé sur l'observation directe de sa peau, de ses cheveux ou de son cuir chevelu.
- 18 Compte tenu de la potentialité d'affectation du commerce entre États membres, l'Autorité de la concurrence a analysé la pratique en question au regard des dispositions du droit de la concurrence français et du droit de l'Union.
- 19 Dans la décision litigieuse, l'Autorité de la concurrence a, tout d'abord, relevé que cette interdiction de vente par Internet équivalait à une limitation de la liberté commerciale des distributeurs de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique en excluant un moyen de commercialisation de ses produits. De plus, cette prohibition restreignait le choix des consommateurs désireux d'acheter par Internet et, enfin, empêchait les ventes aux acheteurs finals qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise «physique»

du distributeur agréé. Selon ladite autorité, cette limitation a nécessairement un objectif restrictif de la concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation inhérente au choix même d'un système de distribution sélective par le fabricant, qui limite le nombre de distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de vendre le produit à des distributeurs non agréés.

- 20 La part de marché de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique étant inférieure à 30 %, l'Autorité de la concurrence a examiné si la pratique restrictive de concurrence pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999. Or, bien que la pratique d'interdiction de vente par Internet ne soit pas expressément visée dans ce règlement, elle équivaldrait à une interdiction de ventes actives et passives. Par conséquent, la pratique relèverait de l'article 4, sous c), dudit règlement, qui exclut du bénéfice de l'exemption automatique par catégorie les restrictions de ventes actives ou passives par les membres d'un système de distribution sélective.
- 21 Selon l'Autorité de la concurrence, l'interdiction de vente sur Internet ne remplit pas les conditions de l'exception prévue à l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 selon lequel ces restrictions de ventes sont sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer «à partir d'un lieu d'établissement non autorisé». En effet, Internet serait non pas un lieu de commercialisation, mais un moyen de vente alternatif utilisé comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques.
- 22 En outre, l'Autorité de la concurrence a relevé que Pierre Fabre Dermo-Cosmétique n'a pas démontré qu'elle pouvait bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE et de l'article L. 420-4, paragraphe 1, du code de commerce.

- 23 À cet égard, ladite autorité a rejeté l'argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique selon lequel l'interdiction de vente par Internet en cause contribuerait à améliorer la distribution des produits dermo-cosmétiques en prévenant les risques de contrefaçon et de parasitisme entre officines agréées. Le choix effectué par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique d'un système de distribution sélective, avec la présence d'un pharmacien sur les lieux de vente, garantirait que le service de conseil soit dispensé dans toutes les officines agréées et que chacune en supporte le coût.
- 24 En réponse à l'argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique sur la nécessité de la présence physique d'un pharmacien lors de l'achat d'un des produits en cause, afin de garantir le bien-être du consommateur, l'Autorité de la concurrence a tout d'abord relevé que les produits concernés n'étaient pas des médicaments. À ce titre, la réglementation particulière dont ils font l'objet concerne les normes qui s'appliquent à leur fabrication et non à leur distribution qui est libre, et, en outre, l'établissement d'un diagnostic n'entre pas dans les pouvoirs d'un pharmacien, seul le médecin y étant autorisé. L'Autorité de la concurrence a ensuite transposé la jurisprudence *Deutscher Apothekerverband* (arrêt du 11 décembre 2003, C-322/01, Rec. p. I-14887), relative aux restrictions apportées à la distribution sur Internet de médicaments non soumis à prescription médicale, pour les produits en cause.
- 25 Selon l'Autorité de la concurrence, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne démontre pas davantage en quoi le contact visuel entre le pharmacien et les utilisateurs du produit permettrait d'assurer la «cosmétovigilance» qui imposerait aux professionnels de la santé de constater et de signaler les effets indésirables des produits cosmétiques. En effet, l'observation des effets négatifs des produits en cause ne pourrait apparaître qu'après l'utilisation du produit et non pas au moment de son achat. En cas de problèmes liés à son utilisation, le patient aura tendance à consulter un médecin.
- 26 En réponse au dernier argument de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, l'Autorité de la concurrence n'a pas considéré comme pertinent le fait que la distribution par Internet n'entraînerait pas de baisse de prix. Le gain pour le consommateur résiderait non

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

- ²⁷ L'Autorité de la concurrence a ainsi conclu que l'interdiction faite par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique à ses distributeurs agréés de vendre par l'intermédiaire d'Internet constitue une restriction à la concurrence contraire à l'article 81 CE et à l'article L. 420-1 du code de commerce, et l'a enjointe de supprimer dans ses contrats de distribution sélective toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément dans ses contrats la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a été condamnée à une amende de 17 000 euros.
- ²⁸ Le 24 décembre 2008, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a introduit un recours en annulation et, subsidiairement, en réformation de la décision litigieuse devant la cour d'appel de Paris. Dans le même temps, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a demandé au premier président de celle-ci de prononcer un sursis à l'exécution de la décision litigieuse. Au soutien de son recours, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a fait valoir, principalement, que la décision litigieuse est entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle a privé la pratique litigieuse tant du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999 que de celui de l'exemption individuelle prévue à l'article 81, paragraphe 3, CE.
- ²⁹ Le 18 février 2009, le premier président de la cour d'appel de Paris a ordonné le sursis à l'exécution des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence à l'encontre de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique jusqu'à ce que la juridiction de renvoi statue sur le bien-fondé du recours.

- ³⁰ Dans sa décision de renvoi, la cour d'appel de Paris, après avoir rappelé les motivations de la décision litigieuse, ainsi que la teneur des observations écrites que la Commission européenne a présentées en vertu de l'article 15, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1, p. 1), a néanmoins relevé que ni les lignes directrices de la Commission ni l'avis de cette institution ne présentaient un caractère contraignant pour les juridictions nationales.
- ³¹ Dans ces conditions, la cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«[L]’interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d’un réseau de distribution sélective constitue[-t-elle] effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l’article 81, paragraphe 1, du traité CE [article 101, paragraphe 1, TFUE] 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 [article 101, paragraphe 3, TFUE][?]»

Sur la question préjudicielle

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

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

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

- ³⁴ À titre liminaire, il y a lieu de rappeler 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).

- ³⁵ Aux fins d'apprécier si la clause contractuelle en cause comporte une restriction de concurrence «par objet», il convient de s'attacher à la teneur de la clause, aux objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère (voir arrêt GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., précité, point 58 ainsi que jurisprudence citée).

- ³⁶ Les contrats de distribution sélective en cause disposent, s'agissant des ventes des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle des marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray, que celles-ci doivent être réalisées dans un espace physique, dont les critères sont définis avec précision, et avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie.
- ³⁷ Selon la juridiction de renvoi, l'exigence de la présence obligatoire d'un pharmacien diplômé dans un espace de vente physique interdit de facto aux distributeurs agréés toute forme de vente par Internet.
- ³⁸ Ainsi que le soulève la Commission, la clause contractuelle en cause, en excluant de facto un mode de commercialisation de produits ne requérant pas le déplacement physique du client, réduit considérablement la possibilité d'un distributeur agréé de vendre les produits contractuels aux clients situés en dehors de son territoire contractuel ou de sa zone d'activité. Elle est donc susceptible de restreindre la concurrence dans ce secteur.
- ³⁹ S'agissant des accords qui constituent un système de distribution sélective, la Cour a déjà relevé que de tels accords influencent nécessairement la concurrence dans le marché commun (arrêt du 25 octobre 1983, 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».
- 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 AEG-Telefunken/Commission, précité, point 33).

⁴¹ 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).

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

⁴³ Certes, il est constant que, dans le cadre du réseau de distribution sélective de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels. Toutefois, il convient encore de vérifier si les restrictions de la concurrence poursuivent d'une manière proportionnée les objectifs légitimes conformes aux considérations exposées au point 41 du présent arrêt.

⁴⁴ 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, Rec. p. I-12213, point 76).

- ⁴⁵ Pierre Fabre Dermo-Cosmétique se réfère, également, à la nécessité de préserver l'image de prestige des produits en cause.
- ⁴⁶ L'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence et ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.
- ⁴⁷ Sur la base des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première branche de la question posée que l'article 101, 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.

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

- 48 Au cas où il serait établi qu'un accord ou une clause contractuelle restreindrait la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il appartiendra à la juridiction de renvoi d'examiner si les conditions du paragraphe 3 de cet article sont réunies.
- 49 La possibilité pour une entreprise de bénéficier, à titre individuel, de l'exception légale prévue à l'article 101, paragraphe 3, TFUE découle directement du traité. Elle n'est contestée dans aucune des observations soumises à la Cour. Cette possibilité est également offerte à la requérante au principal.
- 50 En revanche, à cet égard, étant donné que la Cour ne dispose pas d'éléments suffisants pour apprécier si le contrat de distribution sélective satisfait aux conditions de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, elle ne peut pas fournir d'indications supplémentaires à la juridiction de renvoi.
- 51 En ce qui concerne la possibilité pour le contrat de distribution sélective de bénéficier de l'exemption par catégorie du règlement n° 2790/1999, il convient de relever que les catégories d'accords verticaux qui peuvent en bénéficier ont été définies par la Commission dans ledit règlement, sur le fondement de l'autorisation du Conseil contenue dans le règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article [81] paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 1965, 36, p. 533).
- 52 En vertu des articles 2 et 3 du règlement n° 2790/1999, un fournisseur, dans le cadre d'un système de distribution sélective, peut, en principe, bénéficier d'une exemption, lorsque sa part de marché ne dépasse pas 30 %. Il ressort du dossier soumis à la Cour que la part de marché de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne dépasse pas ce seuil. En revanche, ce règlement, en application de l'article 2 du règlement n° 19/65, a exclu

certain types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, indépendamment de la part de marché des entreprises concernées.

- 53 Ainsi, il résulte de l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs, sous le contrôle des parties, qui ont pour objet la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé.
- 54 Une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par Internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution sélective.
- 55 Selon Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, l'interdiction de vendre les produits contractuels par Internet équivaut toutefois à une interdiction d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. Étant donné que, ainsi, les conditions de l'exemption prévues par la disposition in fine, citée au point 53, sont remplies, ledit article 4 ne lui serait pas applicable.
- 56 Il convient de constater que l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999, en mentionnant «un lieu d'établissement» ne vise que des points de vente où des ventes directes se pratiquent. La question qui se pose est celle de savoir si ce terme peut être étendu, par une interprétation large, au lieu à partir duquel les services de vente par Internet sont fournis.

- 57 En ce qui concerne cette question, il convient de relever que, une entreprise ayant la faculté, en toutes circonstances, de soulever, à titre individuel, l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, ses droits pouvant ainsi être protégés, il n'y a pas lieu de donner une interprétation large aux dispositions qui font entrer les accords ou les pratiques dans l'exemption par catégorie.
- 58 Ainsi, une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation ne saurait être considérée comme une clause interdisant aux membres du système de distribution sélective concerné d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999.
- 59 Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux deuxième et troisième branches de la question posée que l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 doit être interprété en ce sens que l'exemption par catégorie prévue à l'article 2 dudit règlement ne s'applique pas à un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels. En revanche, un tel contrat peut bénéficier, à titre individuel, de l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, TFUE si les conditions de cette disposition sont réunies.

Sur les dépens

- 60 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 (troisième chambre) 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.

Signatures

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 13 MARS 2014

(n° **45**, 13 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 2013/00714

Décision déferée à la Cour : n° 12-D-23 rendue le 12 décembre 2012
par L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

DEMANDERESSES AU RECOURS :

- La société BANG & OLUFSEN A/S

Prise en la personne de son représentant légal
Dont le siège social est : Peter Bangs Vej 15 - 7600 STRUER (Danemark)
Élisant domicile au cabinet de la SCP FISSELIER & ASSOCIÉS
13 rue du Mail 75002 PARIS

- La société BANG & OLUFSEN FRANCE, S.A.S.

Prise en la personne de son représentant légal
Dont le siège social est : 54/46 avenue Hoche 75008 PARIS
Élisant domicile au cabinet de la SCP FISSELIER & ASSOCIÉS
13 rue du Mail 75002 PARIS

Représentées par :

- SCP FISSELIER & ASSOCIÉS,
avocats associés au barreau de PARIS
toque : L0044
13 rue du Mail 75002 PARIS
- Maître Philippe RINCAZAUX,
avocat au barreau de PARIS,
toque : P0134
SCP RAMBAUD MARTEL,
31 avenue Albert 1^{er} de Serbie 75116 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- L' AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

représentée par son président
11 rue de l'Échelle 75001 PARIS

représentée à l'audience par M. Cyril ROLLET, muni d'un pouvoir

**- M. LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DU COMMERCE
EXTÉRIEUR**

59, boulevard Vincent Auriol 75703 PARIS

représenté à l'audience par M. André MARIE, muni d'un pouvoir

19 0 ✓

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 09 janvier 2014, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Christian REMENIERAS, Président
- Mme Pascale BEAUDONNET, Conseillère
- Mme Sylvie LEROY, Conseillère

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par Marc BRISSET-FOUCAULT, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire
- prononcé publiquement 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 M. Christian REMENIERAS, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

Le ministre de l'Economie a, le 20 février 2002, saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence, et ci-après l'Autorité ou l'ADLC) de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma (dits produits "bruns").

A cette saisine, était annexé un rapport administratif d'enquête des services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) relevant des éléments caractérisant, selon eux, la limitation, voire l'interdiction, faite par quatre sociétés à leurs distributeurs agréés, de recourir à Internet pour la vente de leurs produits.

Trois des quatre sociétés concernées ayant pris des engagements (acceptés par décision du 5 octobre 2006) afin de répondre aux préoccupations de concurrence soulevées par la rapporteure, la procédure a fait l'objet d'une disjonction.

La société Bang & Olufsen France n'ayant pas proposé d'engagements, la procédure a été poursuivie à son égard.

La société Bang & Olufsen France est une filiale de la société danoise Bang & Olufsen A/S qui fabrique des produits de l'électronique grand public de qualité haut de gamme tels que des produits audio, enceintes, produits vidéo, écrans plasma, téléphones, les « accessoires » (baladeurs, porte-clefs à télécommande) et des 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. Sa filiale française 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. En France, les produits de la marque Bang & Olufsen sont vendus au sein d'un réseau de distribution sélective composé de 48 distributeurs.

Par courrier du 13 mars 2012, la rapporteure générale de l'Autorité a notifié aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S le grief suivant : « 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 ».

Le 12 décembre 2012, l'Autorité a adopté la décision n° 12-D-23 suivante :

Article 1er : 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) et L. 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.

LA COUR

Vu le recours en annulation et/ou réformation formé le 14 janvier 2013 par les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S à l'encontre de la décision n° 12-D-23 du 12 décembre 2012 de l'Autorité de la concurrence (la Décision) ;

Vu le "mémoire responsif récapitulatif" déposé par ces sociétés le 29 octobre 2013, après un mémoire du 14 février 2013, demandant à la cour:

- à titre principal, de constater que Bang & Olufsen n'a pas enfreint les dispositions des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce en ce qu'elle n'a jamais interdit à ses distributeurs de revendre ses produits par Internet et par conséquent d'annuler la Décision ;
- à titre subsidiaire, de constater que la Décision a sanctionné Bang & Olufsen sur le fondement des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, alors que la pratique retenue, à la supposer établie, ne résulte d'aucun accord de volontés entre Bang & Olufsen et ses distributeurs agréés ;
- à titre très subsidiaire si la cour devait considérer la pratique établie, dire qu'elle aurait été objectivement justifiée et aurait réuni les conditions pour bénéficier d'une exemption au titre de l'article 101 § 3 TFUE et qu'elle doit donc être exemptée au titre de ce texte ;
- à titre infiniment subsidiaire, de constater le caractère excessif et disproportionné de la sanction et en conséquence, de réformer la Décision et de réduire le montant de l'amende prononcée à un montant qui ne saurait excéder 17 000 euros ;

Vu les observations de l'ADLC déposées le 15 juillet 2013, tendant au rejet du recours;

Vu les observations du ministre de l'Economie déposées le 12 juillet 2013, tendant à la confirmation de la Décision en son principe, et qui s'en remet à la sagesse de la cour quant au montant de la sanction ;

Vu les observations du Ministère Public, mises à disposition des parties avant l'audience, aux fins de confirmation de la Décision en ses articles 1 et 3 mais de réformation sur son article 2 relatif au montant de la sanction ;

Ayant entendu à l'audience publique du 9 janvier 2014, en ses observations orales, le conseil de la requérante qui a été mis en mesure de répliquer et qui a eu la parole en dernier, ainsi que le représentant de l'Autorité de la concurrence, celui du Ministre chargé de l'économie et le Ministère Public ;

SUR CE

Considérant que le mémoire de la société Bang & Olufsen, déposé au greffe le 29 octobre 2013, dit "récapitulatif" sera considéré comme tel ;

Sur l'entente reprochée

Considérant que la décision attaquée retient que Bang & Olufsen France a mis en œuvre une entente anticoncurrentielle ayant pour objet l'interdiction faite à ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, de recourir à Internet pour la vente des produits de sa marque ;

qu'au soutien de son recours, la société **Bang & Olufsen France** qui conteste avoir interdit aux distributeurs de son réseau, la vente par internet, fait valoir que l'existence d'une entente verticale et particulièrement d'un accord de volonté entre elle et ses distributeurs n'est pas démontrée par l'Autorité qui a commis une erreur de droit en ne respectant pas le standard de preuve défini par l'arrêt Volkswagen 2 rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne(la CJUE) le 13 juillet 2006 ;

qu'elle expose qu'en effet, selon cet arrêt, l'accord de volonté résulte selon les cas :

* soit d'une clause explicite du contrat concerné, ou bien d'une invitation à la mise en oeuvre de la pratique, adressée par le fournisseur à ses distributeurs sous contrat, telle une circulaire, mais seulement si les clauses du contrat autorisent le fournisseur à faire usage de telles "invitations";

* soit, en l'absence d'interdiction contractuelle explicite de vente par internet, d'éléments précis et concordants, résultant du comportement des parties qui établissent l'existence d'une invitation explicite anticoncurrentielle du fournisseur et d'un acquiescement exprès ou tacite des distributeurs à cette interdiction ;

Considérant que la société Bang & Olufsen critique essentiellement la Décision en ce qu'elle repose selon elle sur l'interprétation erronée de l'article 6.1 du contrat européen de distribution sélective établi le 10 août 1989, la liant à ses distributeurs, dès lors que celui-ci interdisant exclusivement la vente par correspondance, il ne pouvait en être déduit *de facto*, qu'il interdisait également la vente sur internet ; que l'usage d'une circulaire n'ayant pas été expressément autorisé par le contrat en cause ne pouvait constituer une preuve contractuelle d'une invitation du fournisseur à la mise en oeuvre de cette pratique ; qu'en l'absence de preuves contractuelles explicites, et à supposer l'existence de la pratique établie, l'Autorité devait justifier l'acceptation exprès ou tacite des distributeurs, conformément à la jurisprudence communautaire;

qu'elle conclut que la Décision, qui a présumé l'acquiescement des distributeurs, a opéré un renversement de la charge de la preuve, en violation du principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de son obligation de preuve résultant de l'article 2 du règlement, CE 1/2003 ;

Considérant que la société Bang & Olufsen fait encore valoir que l'Autorité a commis une erreur de fait lorsqu'elle a analysé les pièces produites et notamment la circulaire du 23 août 2000, diffusée à ses distributeurs, qui ne contenait aucune interdiction de vente directe ou indirecte, sur Internet ; qu'elle estime également que l'Autorité a dénaturé les déclarations des représentants de Bang & Olufsen et des distributeurs ;

Considérant que pour sa part, l'Autorité soutient avoir caractérisé l'existence d'une entente au vu des preuves saisies par les enquêteurs et figurant au dossier ainsi que sur la base des déclarations des requérantes et de plusieurs distributeurs agréés membres du réseau de distribution sélective ; qu'elle précise que la circonstance qu'elle n'ait pas rappelé dans la Décision, le standard de preuve ne signifie pas pour autant qu'elle l'aurait méconnu ; qu'elle ajoute que l'arrêt Volkswagen 2 cité par Bang & Olufsen est intervenu pour mettre un terme au raisonnement consistant à fonder l'acquiescement des concessionnaires sur la seule appartenance au réseau de distribution ; que par cet arrêt la CJUE a souligné que toute invitation adressée par un constructeur d'automobile à des concessionnaires ne dispense pas pour autant la Commission de démontrer l'existence d'un concours de volonté des parties au contrat, dans chaque cas particulier ;

Considérant qu'il convient, à titre liminaire, de rappeler :

- que les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibent notamment les ententes entre fournisseurs et distributeurs ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence ;

- que la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volontés des parties à l'entente exprimant leur volonté commune de se comporter sur le marché de manière déterminée ; qu'aux termes de la jurisprudence de la CJCE (arrêts Bayer C-2/01 P et C-3/01 P du 6 janvier 2004) la preuve d'un tel accord "doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord"(arrêt Bayer C-2/01 P, point 173) ;

- que la preuve d'un tel accord peut être constituée par des preuves directes (tel qu'un écrit) ou indirectes (tel qu'un comportement) et qu'en présence de preuves documentaires ou contractuelles, il n'est pas besoin de recourir, au surplus, à l'étude de preuve de nature comportementale (arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, GlaxoSmithKline Services/Commission (T-168/01, point 83, non remis en cause par l'arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services/Commission, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, et arrêt Bayer précité, point 47) ;

--- -- Considérant que dans l'arrêt Volkswagen C-74/04 P du 13 juillet 2006 cité par Bang & Olufsen au soutien de son moyen tiré d'une erreur de droit commise par l'Autorité, la CJUE a, confirmé la position déjà exprimée dans l'affaire Bayer selon laquelle le concours de volonté caractéristique de l'entente ne pouvait être présumé du seul fait de l'appartenance d'un distributeur à un réseau ;

Considérant que comme le relève l'Autorité dans ses observations, c'est dans ce contexte qu'est intervenu cet arrêt, et qu'il a été retenu que :

- toute invitation adressée par [un constructeur automobile à des concessionnaires] une partie à l'autre ne constitue pas un accord au sens de l'article 81, §1, CE et ne dispense pas la Commission de démontrer l'existence d'un concours de volontés des parties au contrat dans chaque cas particulier, (point 36) ;

- pour constituer un accord de volontés, au sens de l'article 81, §1, CE, il suffit qu'un acte ou un comportement apparemment unilatéral soit l'expression de la volonté concordante de deux parties au moins, la forme selon laquelle se manifeste cette concordance n'étant pas déterminante en elle-même (point 38)

- la volonté des parties peut résulter tant des clauses du contrat [...] que du comportement des parties, et notamment de l'existence éventuelle d'un acquiescement tacite des concessionnaires à l'invitation du constructeur (*voir en ce sens l'arrêt Volkswagen du 18 septembre 2003*)" (point 39) ;

Sur le standard de preuves :

Considérant qu'en l'espèce, l'article 6.1 du contrat européen de distribution sélective qui lie la société Bang & Olufsen France à ses distributeurs, établi en 1989, soit avant l'apparition d'Internet stipule : "*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*" ;

Considérant que cette clause prohibant la vente par correspondance doit être interprétée comme interdisant la vente à distance ; que la vente en ligne constituant une forme de vente à distance, la circulaire relative à "la politique d'utilisation d'internet" diffusée par Bang & Olufsen France, à l'ensemble de ses distributeurs, lors de l'apparition de ce nouveau canal de commercialisation en 2000, lui a permis de préciser son interprétation de la clause quant à la vente sur Internet, qui n'existait pas lorsque le contrat a été établi ;

qu'au regard du contexte de l'époque, d'évolution des nouvelles technologies, la circulaire s'inscrivait bien dans le champ des relations contractuelles des parties, et l'objection soulevée par Bang & Olufsen selon laquelle elle n'aurait pas été "autorisée" par le contrat n'a pas lieu d'être retenue ;

Considérant que dans ces circonstances, c'est sans méconnaître le standard de preuve défini par la jurisprudence communautaire que l'Autorité, afin de tenir pour établi que Bang & Olufsen France avait interdit de facto à ses distributeurs agréés de vendre ses produits par Internet, a dit que "*cette interdiction ressortait 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 ...*" (§ 56) ;

Considérant que ce n'est donc qu'au surplus, et pour répondre à l'argumentation de Bang & Olufsen qu'il sera ajouté qu'à supposer qu'elle n'ait pas interdit "contractuellement" à ses distributeurs la vente par Internet, il suffit de constater que l'Autorité n'a pas seulement analysé le contrat et la circulaire mais qu'elle a pris en compte l'ensemble des éléments recueillis au cours de l'enquête et de l'instruction de la procédure ;

qu'ainsi elle a souligné que "*la portée et 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 la société Bang & Olufsen France et de la société Bang & Olufsen A/S d'une part, et par celles des distributeurs agréés d'autre part*" (§ 66) ;

Considérant que le moyen tiré de l'erreur de droit en ce que l'Autorité n'aurait pas respecté le standard de preuve, doit être écarté ;

Sur l'analyse des pièces et éléments recueillis :

Considérant que comme l'a relevé l'Autorité aux § 59 à 63 de la Décision, qui observe avec raison que Bang & Olufsen lui oppose sans aucune justification, le caractère erroné de l'analyse qu'elle a développée, de la circulaire, il ressort de ce document que les distributeurs peuvent bénéficier d'une page web dans le domaine Bang & Olufsen et/ou d'un site web personnel dont le contenu doit être conforme à ce que prévoit la circulaire ; qu'en effet la circulaire mentionne que la page web "doit suivre la structure proposée" et que le site personnel ne doit contenir que les informations énumérées par Bang & Olufsen ; qu'à la lecture de ce document, la vente par Internet n'est prévue dans aucun des deux cas ;

qu'il y est également mentionné que ces sites ne peuvent pas utiliser les "logos, marques déposées et autre biens immatériels appartenant au Groupe Bang & Olufsen" ;

Considérant qu'il en résulte, sans que Bang & Olufsen puisse utilement avancer son caractère équivoque, qu'elle ne permettait pas de fait, la vente des produits sur Internet ;

Qu'en outre, ainsi que le souligne la Décision, dans une lettre accompagnant ce document, il est signifié aux distributeurs que "*le groupe impose une volonté ferme quant au respect de ses mesures*" ;

Considérant que dès lors c'est en vain que Bang & Olufsen dénie à la circulaire tout caractère contraignant ;

Considérant que l'Autorité s'est également fondée (§ 27 et 67) sur un courrier du 17 avril 2001 adressé par la société Bang & Olufsen France à la DGCCRF qui, dans un paragraphe intitulé "*Sur notre position à l'égard de l'internet*" mentionne :

« 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 » ;

Considérant qu'il s'en déduit que contrairement à ce qu'allègue la requérante, elle a bien considéré la vente par internet comme une forme de vente à distance soumise à la même interdiction que la vente par correspondance ; qu'il y était ajouté : "*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 paraît 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 (...) Comme vous avez pu le constater sur une circulaire communiquée à notre réseau, nous n'avons pas pour autant une position frileuse à l'égard d'internet que nous considérons plutôt comme une formidable opportunité de mieux faire connaître nos produits et nos revendeurs et d'enrichir encore la relation que nous souhaitons entretenir avec nos consommateurs*" ;

Considérant enfin que l'Autorité a analysé les déclarations du directeur général de Bang & Olufsen France et d'un représentant du service juridique de Bang & Olufsen A/S le 14 octobre 2005 et contrairement à ce qui est soutenu, elle en a justement déduit qu'elles confirmaient que la vente en ligne était interdite ;

qu'en effet, à la question :

"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?",

ils ont répondu : *“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 .*

...
C'est la conséquence des nécessités précité[s]” ;

que l'un d'eux souligne encore l'attachement de Bang & Olufsen au développement des relations directes entre les distributeurs et les consommateurs ;

Considérant que la circonstance que le directeur général de Bang & Olufsen France ait déclaré que l'interdiction visée à l'article 6.1 du contrat n'était pas contraire à la réglementation en vigueur est inopérante ;

Considérant que c'est par d'exactes motifs que la cour adopte que la Décision a retenu que les déclarations des deux distributeurs interrogés, les 15 et 16 février 2012, visées au point 31 de la Décision, corroboraient celles des représentants de Bang & Olufsen ; qu'en effet, à la question *« la 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 »* ; que 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 »* ;

Qu'il en ressort que si les deux distributeurs reconnaissent que la situation *« évolue »* ils confirment bien tous deux, l'existence d'une interdiction de vente par Internet, les dénégations de Bang & Olufsen à cet égard, ne pouvant importer la conviction ; que pas davantage celle-ci ne peut utilement opposer l'existence de contentieux avec eux pour remettre en cause la crédibilité de leurs témoignages, alors que les litiges portaient sur des questions différentes de la pratique en cause dans la présente procédure ;

sur l'accord de volontés

Considérant que les requérantes soutiennent que le fait qu'aucun distributeur agréé ne vende sur Internet ne trouve pas sa cause dans leur acquiescement à la pratique reprochée, mais provient de l'absence d'intérêt financier et/ou commercial qu'ils trouveraient à utiliser ce canal de commercialisation s'agissant de produits de très haute technologie ;

Considérant qu'elles reprochent à l'Autorité d'avoir - au profit de la seule déclaration d'un distributeur (ci-dessus cité) sur les 48 que comprend le réseau, faisant état de prétendues demandes orales tendant à être autorisée à vendre sur Internet - écarté une étude économique établie le 26 septembre 2012, justifiant des coûts exorbitants, au regard du chiffre d'affaires moyen d'un magasin agréé, du lancement d'un site de vente en ligne et ce alors que compte tenu de la cohérence offerte par le maillage territorial du réseau de distribution Bang & Olufsen peu de clients non couverts par ce maillage seraient intéressés par ce site ;

qu'elles en concluent que l'Autorité a opéré un renversement de la charge de la preuve et omis de prendre en compte cet élément, *“à décharge”*;

Mais considérant que s'il est exact que la Décision ne fait pas état de l'acceptation expresse ou tacite des distributeurs, elle a néanmoins relevé les éléments permettant de considérer que les conditions de l'accord de volonté étaient réunies ; que c'est à juste titre que l'Autorité conteste le renversement de la charge de la preuve dénoncé par les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S , en se fondant sur le comportement des distributeurs, qui confirme leur acceptation tacite à l'entente également observée à travers

les déclarations de deux d'entre eux, l'ensemble de ces éléments révélant l'absence de volonté réelle de leur part, de s'opposer à l'offre illicite ;

qu'en effet, les déclarations des distributeurs ci-dessus évoquées et la circonstance qu'aucun des 48 distributeurs du réseau n'ait eu recours à la vente sur Internet suffisent à démontrer que la stratégie mise en place par la société Bang & Olufsen France a non seulement été comprise mais également acceptée par eux ;

Considérant en outre que contrairement à ce qui est soutenu, l'étude économique invoquée a fait l'objet d'un examen par l'Autorité (§ 93 à 95) ; que celle-ci a exactement décidé que trop générale et abstraite, elle ne permettait pas d'établir que le fait qu'aucun distributeur agréé ne vende sur Internet soit dû à l'absence d'intérêt économique que représenterait, pour tel ou tel distributeur pris individuellement, la vente en ligne ; que si l'argument développé de ce chef par les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S peut, comme elles le soutiennent, constituer une explication plausible à l'absence de sites marchands exploités par des distributeurs agréés, il n'est pas pour autant de nature à remettre en cause la démonstration de ce que la l'interdiction de la vente en ligne, a été acceptée par les distributeurs ;

Qu'il résulte de ce qui précède que pour retenir l'existence d'un accord de volontés entre Bang & Olufsen France et ses distributeurs, la Décision ne s'est pas fondée exclusivement sur le contrat européen de distribution sélective mais aussi, tout en précisant le contexte dans lequel ils sont intervenus, sur un ensemble d'éléments factuels dont le comportement des parties, établissant suffisamment l'existence d'un acquiescement tacite de ceux-ci à l'invitation du fournisseur ;

que la Décision sera donc confirmée en ce qu'elle a considéré que l'entente était caractérisée ;

Sur la demande d'exemption :

Considérant à titre préliminaire qu'il est rappelé que conformément à la jurisprudence communautaire et nationale, la pratique d'interdiction de vente sur Internet au sein d'un réseau de distribution sélective est susceptible de constituer une restriction de concurrence par objet, en ce qu'elle réduit la possibilité de vendre des produits aux clients situés hors de leur zone d'activité et restreint par voie de conséquence, la concurrence dans le secteur considéré ;

Considérant qu'en réponse à l'objection de l'Autorité selon laquelle les requérantes n'avaient pas demandé devant elle, les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S répliquent qu'eu égard aux arguments désormais avancés par l'Autorité et le ministre de l'Economie dans leurs observations, il est indispensable qu'elles démontrent qu'une interdiction aurait été justifiée au regard des articles 101 § 3 du TFUE et L 420-4 du code de commerce, et qu'elles auraient dû être exemptées, sur le fondement de ces textes ;

Considérant, qu'il est rappelé qu'en application des articles 101 § 3 du TFUE et L 420-4 du code de commerce, pour pouvoir bénéficier de l'exemption prévue par ces textes, quatre conditions cumulatives doivent être remplies ; qu'ainsi, tant le droit de l'Union que le droit interne exigent que la pratique en cause :

- contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, (1^{ère} condition)
- tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte (2^{ème} condition)
- sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs (3^{ème} condition)
- ni donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence (4^{ème} condition) ;

Considérant qu'il appartient aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S qui revendiquent le bénéfice de l'exemption individuelle sur ce fondement, de rapporter la preuve que ces conditions sont réunies;

Considérant qu'elles font valoir que l'interdiction de vente par Internet :

- garantit la viabilité du réseau Bang & Olufsen en le protégeant des phénomènes de parasitisme,
- permet aux acheteurs de ces produits de bénéficier, grâce au maintien de ce réseau, notamment des services liés à une démonstration physique préalable, indispensable à l'acte d'achat,
- n'impose pas aux distributeurs agréés, membres du réseau de distribution sélective, une restriction non indispensable pour atteindre ces objectifs, dans la mesure où le maintien d'un réseau de distribution efficient est nécessaire pour garantir une présentation et une distribution des produits de qualité suffisante,
- n'élimine pas la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ;

Considérant qu'ainsi que le rappellent les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE (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 (...)" ;

- "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 les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S font valoir que l'interdiction totale et absolue de revente en ligne protège le réseau Bang & Olufsen des phénomènes de parasitisme au motif d'une part que la vente en ligne renforcerait l'asymétrie financière entre les distributeurs Bang & Olufsen et d'autre part qu'elle déstabiliserait le maillage territorial des magasins Bang & Olufsen .

Mais considérant qu'elles ne démontrent pas en quoi certaines alternatives envisageables, moins restrictives que l'interdiction totale et absolue de vente sur internet, entraîneraient le risque de parasitisme allégué ; qu'en l'espèce, certains produits moins élaborés et moins chers de la gamme Bang & Olufsen tels que les écouteurs, les casques audio et les accessoires peuvent particulièrement se prêter à la vente sur Internet en ce que, à la différence de produits complexes de la gamme, d'une part, ils ne nécessitent pas dans tous les cas de démonstration en magasin, réduisant ainsi le risque de parasitisme allégué et, d'autre part ils n'engendrent pas de coûts de stockage ou de distribution importants, diminuant l'investissement à réaliser par les distributeurs pour la création d'un site internet ;

que c'est donc à juste titre que l'Autorité a décidé qu'en interdisant de manière totale et absolue à ses distributeurs agréés de vendre par Internet, la société Bang & Olufsen France impose des restrictions qui ne sont pas indispensables pour le maintien d'un réseau de distribution efficient;

que l'Autorité a également exactement relevé qu'aucun élément n'établit qu'Internet ne permettrait pas leur présentation dans le respect de l'image de marque du fournisseur (point 74) ;

que par conséquent, les requérantes n'ont pas établi que la restriction était indispensable pour atteindre l'objectif de qualité allégué ;

Considérant que l'une des conditions posées par le texte invoqué n'étant pas remplie, il convient, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres conditions et moyens développés sur ce point, de dire que la pratique en cause n'est pas susceptible d'une exemption individuelle ;

Sur la sanction

Considérant qu'au soutien de leur demande, les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S font essentiellement valoir l'impact de la durée excessive de la procédure devant l'Autorité sur la durée de la pratique reprochée, dans un contexte d'incertitude quant à la qualification de restriction par objet d'une interdiction de vente par Internet, faite par un fournisseur à ses distributeurs dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, avant l'arrêt Pierre Fabre Dermo Cosmétique, rendu par la Cour de justice le 13 octobre 2011 ;

qu'elles soulignent en outre le caractère exorbitant de la sanction prononcée à son égard, en comparaison de celle infligée dans l'affaire Pierre Fabre ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable à l'espèce :

"Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation 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 [livre VI du titre IV du code de commerce]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction" ;

Considérant en l'espèce, qu'il est constant, ainsi que le rappelle l'Autorité dans ses observations, que la Décision critiquée est intervenue à la suite d'une saisine de l'Autorité par le Ministre de l'économie du 20 février 2002, qui porte sur une pratique similaire à celle qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo Cosmétique (C-439/09) ;

qu'au point 118 de la Décision, il est énoncé : *“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-25 précitée [Pierre Fabre Dermo Cosmétique du 29 octobre 2008], 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”* ;

qu'en dépit de ces circonstances l'Autorité a écarté les arguments développés par les requérantes, au motif qu'elles ne pouvaient pas *“légitimement ignorer les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000 sur les restrictions verticales (...) 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”* ;

Mais considérant que si ni l'ancienneté des faits, ni la durée de la procédure - à moins qu'il ait été porté atteinte aux droits de la défense, ce qui n'est pas soutenu ici - ne justifient une réduction de la sanction, c'est à juste titre qu'au cas présent, les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S se prévalent des circonstances particulières de l'espèce et de l'incertitude tenant à la question posée ;

qu'il suffit en effet de rappeler :

- que la décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 rendue dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, aux termes de laquelle 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], a fait l'objet d'un recours formé par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ;

- que par arrêt du 29 octobre 2009, la cour d'appel de Paris a estimé nécessaire, dans le silence du Règlement n° 2790/1999 sur l'interdiction de vente en ligne, de poser 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 de distribution 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) ;

que la cour d'appel a sursis à statuer dans l'attente de l'arrêt à intervenir ;

- que la Cour de justice s'est prononcée par un arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09) ;

- que ce n'est qu'après cette décision que l'instruction du dossier Bang & Olufsen, suspendue par l'Autorité en raison du renvoi préjudiciel dans l'affaire précitée, a été reprise ;

Considérant que dans ces conditions, il ne peut qu'être constaté que le droit et la jurisprudence applicables en la matière n'étaient pas clairement fixés ; que s'il ne peut en être déduit comme le demandent les requérantes, qu'aucune infraction ne peut leur être opposée antérieurement à l'arrêt de la cour de justice du 13 octobre 2011, il n'en demeure pas moins que l'incertitude tenant à la matière conduit à relativiser la gravité de la pratique ;

Considérant que dès lors, la décision de l'Autorité, qui a justement estimé que l'importance du dommage à l'économie était en l'espèce très limitée (points 128 à 132), mais qui a fixé la sanction à 900 000 euros, en relevant plus particulièrement, le caractère de gravité de la pratique "mise en place depuis 2001", (point 123) doit être réformée ;

Considérant que, par application de l'article L.464-2 sus-rappelé du code de commerce, et eu égard non seulement à la situation des sociétés en cause exactement rappelée par la Décision, mais encore aux développements qui précèdent sur la gravité à relativiser de la pratique et sur l'importance très limitée du dommage causé à l'économie, il convient de fixer la sanction à la somme de 10 000 euros ;

PAR CES MOTIFS

Rejette la demande d'exemption individuelle ;

Réformant la décision de l'Autorité de la concurrence du 12 décembre 2012 ;

Dit qu'est infligée aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S une sanction pécuniaire de 10 000 euros ;

Dit n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile;

Dit que les dépens seront à la charge des sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du greffe de la cour d'appel de Paris, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception à l'Autorité de la concurrence, à la Commission européenne, et au ministre chargé de l'économie;

LE GREFFIER,

Benoît TRUET-CALLU

LE PRÉSIDENT,

Christian REMENIERAS

Bundeskartellamt, 27 juin 2014, Adidas – B2-137-12 - Fallbericht



Fallbericht

19. August 2014

adidas gibt pauschale Verkaufsverbote über Online-Marktplätze auf

Branche: Sportbekleidung, Sportschuhe, Sportartikel, Sportstyle
Freizeitbekleidung

Aktenzeichen: B3-137/12

Datum der Entscheidung: 27.06.2014

Das Bundeskartellamt hat ein Verwaltungsverfahren gegen die adidas AG (adidas) wegen der Ausgestaltung ihrer Internet-Vertriebsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf das Verkaufsverbot über Online-Marktplätze geführt. Das Verfahren konnte am 27. Juni 2014 eingestellt werden, nachdem adidas seine Vertriebsbedingungen kartellrechtskonform geändert hatte.

Als einer der weltgrößten Sportartikelhersteller betreibt adidas ein selektives Vertriebssystem, in dem adidas-Produkte nur über autorisierte Händler an Endkunden verkauft werden dürfen. Im April 2012 gab adidas ihren Händlern überarbeitete Vertriebsrichtlinien für das Internet, die sogenannten e-Commerce Bedingungen, bekannt, die ab 1. Januar 2013 angewandt wurden. Diese enthielten u.a. ein Verbot des Verkaufs von adidas-Produkten über sogenannte offene Marktplätze im Internet. Als Kriterien für offene Marktplätze wurden der Handel zwischen privaten Konsumenten (C2C), der Handel und Verkauf von gebrauchter und/oder beschädigter Ware sowie das Angebot des gleichen Produkts durch mehrere Verkäufer genannt. Damit wurden die bekannten Plattformen wie eBay und Amazon Marketplace, aber auch andere wie Rakuten.de, Hitmeister.de und meinPaket.de erfasst. Zusätzlich hatten die Händler ihre Internetseite in der Weise einzurichten, dass Endverbraucher die betreffende Seite nicht über oder durch eine Plattform eines Dritten aufrufen können, wenn dabei das Logo des Dritten sichtbar ist. Diese Regelung bewirkte ebenfalls ein Verkaufsverbot über Online-Marktplätze. Zulässig war dagegen der Verkauf über sogenannte geschlossene Marktplätze wie Otto.de und Zalando.de, bei denen einzelne Händler einige Produkte in den Online-Shop des Anbieters integrieren können.

Beim Bundeskartellamt gingen mehrere Beschwerden von Sportfachhändlern ein, die neben dem Vertrieb über ihr stationäres Ladengeschäft und ihren eigenen Online-Shop auch Sportartikel über offene Marktplätze verkaufen. Das Bundeskartellamt leitete ein Verwaltungsverfahren ein, um die Vereinbarkeit der Regelungen in den Vertriebsbestimmungen

mit Art. 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) bzw. § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu überprüfen. Im Rahmen der Ermittlungen wurden ca. 3000 Abnehmer (Einzelhändler) und ca. 90 Wettbewerber (Sportartikelhersteller) der adidas AG sowie Betreiber von offenen und geschlossenen Marktplätzen befragt. Im Mittelpunkt der Prüfung stand unter anderem die Frage, ob den mit einem Per-se-Verbot der Nutzung von Online-Marktplätzen verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen hinreichende Effizienzwirkungen zugunsten des Verbrauchers gegenüberstehen. Diese rechtlich gebotene Abwägung spiegelt nicht zuletzt die ökonomische Tatsache wider, dass selektive Vertriebssysteme für viele Produkte wirksame und sinnvolle Instrumente sind, um die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Vertriebskette zu erhöhen, da sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Sie können u.a. dazu genutzt werden, um sogenannten Trittbrettfahrerproblemen (free-riding) entgegenzuwirken. Diese treten z.B. auf, wenn einige Händler auf der Grundlage ihres individuellen Gewinnkalküls auf eigene Investitionen in die Qualität des Vertriebs (z.B. in Beratungsleistungen, Produktpräsentation) verzichten und durch niedrigere Preise die Nachfrage von Händlern, die solche Investitionen tätigen, auf sich ziehen. Da sich die Investitionen des qualitätsorientierten Händlers in diesem Fall nicht amortisieren können, sinkt der Anreiz, entsprechende Leistungen anzubieten, obwohl sie aus Sicht des Herstellers, insbesondere aber auch aus Sicht des Konsumenten wünschenswert wären. Mit Hilfe des Selektivvertriebs kann der Hersteller hingegen sicherstellen, dass alle zum System gehörenden Händler bestimmte qualitative Mindestanforderungen erfüllen. So können z.B. die Mindestgröße und Ausgestaltung des Ladengeschäfts bzw. des Online-Shops, Öffnungszeiten, Sortimentsbreite und -gestaltung, die Anforderungen an das beratende Personal, an die Markenpräsentation und die Werbemaßnahmen festgelegt werden. Damit kann ein einheitlicher Markenauftritt („Markenerlebnis“) gewährleistet werden.

- **Betroffene Märkte und Marktanteile**

Die Marktermittlungen haben ergeben, dass von mehreren betroffenen Märkten auszugehen ist. Zum einen ist zwischen Sportbekleidung für den Einsatz im Sport und sportlicher Lifestyle-Bekleidung zu unterscheiden. Im Rahmen der Marktermittlungen wurde der Bereich Sportbekleidung näher untersucht. Die Ergebnisse legen den Schluss nahe, dass bei einigen Sportarten von separaten Märkten für die entsprechende Sportbekleidung auszugehen ist, insbesondere Fußballbekleidung und -schuhe stellen nach vorläufiger Einschätzung separate Märkte dar. Im vorliegenden Fall konnte offen gelassen werden, ob es sich bei der Bekleidung für andere Teamsportarten, Laufen und Training/Fitness um gesonderte Märkte handelt.

Da adidas auf den Märkten für Fußballbekleidung und Fußballschuhe sowie auf einigen anderen Märkten in Deutschland Marktanteile von über 30 % erreicht, ist auf diesen Märkten die Verordnung (EU) Nr. 330/2010 (Vertikal-GVO)¹ nicht auf die Vertriebsvereinbarungen anwendbar. Es wurde somit zunächst hinsichtlich dieser Märkte geprüft, ob die Vereinbarungen unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen und anschließend eine Prüfung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vorgenommen.

- **Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV/§ 1 GWB**

Das Bundeskartellamt ist zu dem vorläufigen Ergebnis gekommen, dass im vorliegenden Fall das pauschale Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB darstellt.

Selektive Vertriebssysteme beschränken grundsätzlich den Wettbewerb beim Vertrieb der Markenprodukte eines Herstellers (Intra-Marken-Wettbewerb), da nur die Händler zum Vertriebssystem zugelassen werden, die die Auswahlkriterien des Herstellers erfüllen, und die zugelassenen Händler nur an Endkunden und an andere zugelassene Händler weiterverkaufen dürfen. Diese Beschränkungen des Intra-Marken-Wettbewerbs können unter bestimmten Voraussetzungen ferner auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Produkten konkurrierender Hersteller (Inter-Marken-Wettbewerb) haben. Allerdings stellen Selektivvertriebssysteme nach der Rechtsprechung des EuGH dann keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV dar, wenn die Wiederverkäufer anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art ausgewählt werden, sofern diese Kriterien einheitlich und ohne Diskriminierung angewendet werden. Ferner müssen die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz erfordern. Weiterhin dürfen die festgelegten Kriterien nicht über das erforderliche Maß hinausgehen (sogenannte „Metro-Kriterien“; EuGH, Urteil vom 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875, „Metro I“; zuletzt EuGH, Urteil vom 13.10.2011, C-439/09, „Pierre Fabre“, Rn. 41). Dabei ist zu untersuchen, ob auch die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebssystems – hier also der pauschale Ausschluss offener Online-Marktplätze – zur Gewährleistung eines qualitätsangemessenen Vertriebs erforderlich sind.

Nach Ansicht des Amtes handelt es sich jedoch bei einem **Per-se-Verbot von Online-Marktplätzen** nicht um ein qualitatives Kriterium, welches für die Qualitätssicherung der hier

¹ VERORDNUNG (EU) Nr. 330/2010 DER KOMMISSION vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

betroffenen Produkte und deren Vertrieb erforderlich ist. Es werden vielmehr bestimmte Vertriebskanäle per se ausgeschlossen, ohne dabei an qualitative Kriterien – z.B. in Bezug auf den Händlershop auf der Plattform oder an die Verkaufsumgebung – anzuknüpfen. Im vorliegenden Fall gab es keine Hinweise darauf, dass die allgemeine Funktionsweise von offenen Marktplätzen, unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung, ein generelles Verkaufsverbot erforderlich machen könnte, um die Qualität oder den Vertrieb der betroffenen Sportartikel zu gewährleisten. Jedenfalls besteht als milderer Mittel regelmäßig die Möglichkeit, spezifische Regeln zum Umgang mit den Vertragsprodukten aufzustellen.

Das selektive Vertriebssystem mit seinem Per-se-Verbot von Online-Marktplätzen beschränkt den Wettbewerb auch spürbar, indem es autorisierte Einzelhändler in ihren Möglichkeiten einschränkt, mehr und andere Kunden über das Internet zu erreichen. Zwar gibt es große und bekannte Einzelhändler, die auf eine Präsenz auf Online-Marktplätzen weniger oder gar nicht angewiesen sind, weil sie bereits über eigene etablierte Online-Shops verfügen. Insbesondere kleinen und mittleren Fachhändlern, die sich oft durch einen qualitativ besonders hochwertigen Vertrieb auszeichnen, wird der Zugang zu neuen Kundengruppen aber erheblich erschwert. Denn für diese Händler reicht die Möglichkeit, einen eigenen Online-Shop zu betreiben, nicht aus, um adidas-Produkte über den Umkreis ihres stationären Geschäfts hinaus zu vertreiben. Die Auffindbarkeit ihres Online-Angebots ist stark eingeschränkt, wenn sie Online-Marktplätze nicht nutzen dürfen. Viele Einzelhändler, die sich im Gegensatz zu den großen Playern wie Zalando und Galeria Kaufhof teure bundesweite Werbekampagnen nicht leisten können, sind auf die Reichweite der Online-Marktplätze angewiesen, um überhaupt für sie relevante Kunden zu erreichen. Viele Internet-Nutzer beginnen ihre Suche nach bestimmten Produkten direkt auf der Seite der Marktplatzbetreiber, da dort ausdifferenzierte Suchfunktionen zur Verfügung stehen. Um von Verbrauchern im Internet gefunden zu werden, bleiben neben der Präsenz auf offenen Marktplätzen im Wesentlichen die Listung und Werbung über Suchmaschinen. Online-Shops kleinerer Händler unter deren eigener URL haben jedoch kaum eine Chance im relevanten oberen Bereich einer Suchergebnisliste zu erscheinen. Die prominenten Plätze werden dort vom adidas-eigenen Online-Shop sowie den größten Einzelhändlern bzw. den geschlossenen Marktplätzen eingenommen, welche anhand der Ermittlungsergebnisse von Fachhändlern als deren stärkste Wettbewerber angesehen werden. Hier erscheinen jedoch auch regelmäßig die offenen Marktplätze, von denen aus der Kunde auch Angebote kleinerer Fachhändler leicht finden kann. Weiterhin werden Online-Marktplätze von Endverbrauchern bevorzugt genutzt wegen der einfachen und sicheren Zahlungsabwicklung und wegen des Kaufhauscharakters der Marktplätze (One-Stop-Shopping). Durch wiederholte Käufe über das dortige Kundenkonto hat sich ein Vertrauen aufgebaut, das nicht auf einen dem Kunden zunächst unbekanntem Online-Shop eines Sportfachhändlers übertragbar ist. Das bedeutet,

selbst wenn der eigenständige Online-Shop eines Händlers im Netz gefunden wird, sind Kunden aufgrund fehlender eigener Erfahrungen und Bewertungen durch andere Nutzer weniger bereit, dort zu kaufen.

Die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung betrifft ferner nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht nur den markeninternen Wettbewerb, sondern auch den Wettbewerb zwischen verschiedenen Sportartikelmarken. Die verschiedenen Märkte im Bereich der Sportartikel sind durch eine relativ hohe Anbieterkonzentration gekennzeichnet. Wettbewerbsbeschränkungen bei einer Sportartikelmarke können somit über relative Preiseffekte auch bei anderen Marken zu einer Abschwächung des Wettbewerbsdrucks führen. Die wettbewerbschädigenden Effekte werden im vorliegenden Fall ferner dadurch erheblich verstärkt, dass auch andere bedeutende Sportartikelhersteller ähnliche Regelungen getroffen haben. Durch diese Flächendeckung wird zusätzlich der Wettbewerb zwischen den Marken beeinträchtigt.

- **Keine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV/§ 2 GWB**

Eine Vereinbarung, die unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, kann gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV davon freigestellt werden, wenn sie zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt und die Verbraucher an dem hieraus entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. Ferner dürfen den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Das Bundeskartellamt ist nach vorläufiger Bewertung zu dem Schluss gekommen, dass im vorliegenden Fall das Per-se-Verbot von Online-Marktplätzen nicht gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV freistellbar ist. Für ein solches Verbot waren schon keine hinreichenden Effizienzgewinne und keine angemessene Verbraucherbeteiligung zu erwarten. Darüber hinaus war das Kriterium der Unerlässlichkeit bei einem Per-se Verbot nicht erfüllt.

adidas betreibt ein langjährig etabliertes selektives Vertriebssystem. Dieses war in seiner Gesamtheit nicht Gegenstand der Prüfung, da es keine Hinweise auf schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen gab. Es stellte sich somit nicht die Frage nach den Vorteilen des Selektivvertriebs insgesamt, sondern zunächst nach den möglichen zusätzlichen Effizienzgewinnen, die durch das Per-se-Verkaufsverbot über Online-Marktplätze generiert werden könnten. Insbesondere war zu prüfen, ob das Marktplatz-Verbot, welches zusätzlich zu den qualitativen Vorschriften zur Gestaltung von Online-Shops eingeführt wurde, als eine

Übertragung effizienter qualitativer Kriterien im stationären Handel auf den Online-Handel aufgefasst werden könnte.

Im vorliegenden Fall stellt nach Ansicht des Bundeskartellamts der Schutz der Einzelhändler vor einem intensiveren Preiswettbewerb, der durch ein Marktplatzverbot möglicherweise erreicht werden könnte, keine Verbesserung des Vertriebs und damit keinen Effizienzgewinn im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV dar. Zwar kann aus Sicht der Einzelhändler ein reduzierter Preiswettbewerb vorteilhaft sein, doch in Bezug auf die Endkunden stellen höhere Preise bei den betroffenen Sportartikeln für sich genommen keine Verbesserung dar. In diesem Zusammenhang war nicht nur das pauschale Marktplatzverbot, sondern auch insbesondere die Forderung von adidas kritisch zu bewerten, dass auf einer zulässigen Online-Plattform nur ein Händler das jeweilige Produkt anbieten darf. Aus Sicht des Bundeskartellamts konnte im vorliegenden Fall eine solche Regelung nur den Zweck verfolgen, die direkte Vergleichbarkeit von Händlerangeboten zu unterbinden und damit den Preiswettbewerb abzuschwächen.

Ein pauschales Marktplatzverbot ist auch nicht das geeignete Mittel, um ein eventuell vorhandenes **Trittbrettfahrerproblem** zu adressieren. Zunächst ist das Trittbrettfahren auf den Leistungen von Händlern, die in angemessenem Maße Beratungsdienstleistungen anbieten, kein Problem, das für Online-Marktplätze spezifisch ist, sondern ein generelles Problem des Vertriebs im Internet wie auch des stationären Vertriebs. Auch das vertikale Trittbrettfahrerproblem zwischen online direkt verkaufenden Herstellern und den Händlern (Hersteller-Opportunismus) ist hier von Bedeutung. Das Ausmaß mag sich insbesondere durch die Such- und Zeitkosten der Endabnehmer unterscheiden, die auf offenen Marktplätzen in aller Regel am geringsten, im stationären Vertrieb am höchsten sind. Konsumentenbefragungen belegen aber, dass Trittbrettfahren dabei in Bezug auf online versus offline in beide Richtungen stattfindet. Ein effizientes Vertriebssystem muss unabhängig vom Vertriebskanal sicherstellen, dass die Anreize für Einzelhändler, in Markenpräsentation und Beratung zu investieren, gewahrt bleiben.

Aus Sicht der Endverbraucher erscheint es eher vorteilhaft, wenn sie bei ihrer Suche nach adidas-Produkten auf Online-Marktplätzen Angebote von autorisierten Händlern vorfinden, welche den Anforderungen des Markenherstellers entsprechen. Mit Vorgaben innerhalb des selektiven Vertriebssystems kann sichergestellt werden, dass diese Händler auch auf offenen Marktplätzen die qualitativen Standards für den Verkauf der adidas-Produkte erfüllen und Endkunden deutlich erkennen können, dass es sich um autorisierte Angebote handelt. Dies sollte auch im Interesse der online tätigen Fachhändler liegen. Ein Schutzeffekt des generellen Marktplatzverbots in Bezug auf Fachhändler des Selektivvertriebssystems war im

Verfahrensverlauf nicht zu beobachten. Im Rahmen der Ermittlungen sind zahlreiche Beschwerden von autorisierten Fachhändlern eingegangen, welche sich aufgrund der durch das Verbot bedingten ausschließlichen Präsenz nicht-autorisierter Händler auf offenen Online-Marktplätzen in ihrer Wettbewerbsposition benachteiligt fühlten.

Zudem kann zwar der **Schutz des Markenimages** ein berechtigtes Anliegen des Herstellers sein und auch im Interesse der Endkunden liegen. Bei den in Rede stehenden Sportartikeln war jedoch nicht davon auszugehen, dass jeglicher Verkauf über offene Plattformen unabhängig von der Ausgestaltung des Verkaufsumfelds geeignet ist, das Image der Marke adidas in spürbarer Weise zu beschädigen. Der Schutz des Markenimages kann nicht pauschal als Argument genutzt werden, um zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen zu rechtfertigen. Das selektive Vertriebssystem umfasste bereits qualitative Vorgaben, die dem Schutz des Markenimages dienen. Dass diese auch auf den Online-Vertrieb übertragbar waren, zeigte die erfolgte Umsetzung für Online-Shops unter eigener URL und geschlossene Marktplätze. Zwar erforderte die Übertragung der Kriterien auf offene Marktplätze noch einige zusätzliche Anpassungen, die im vorliegenden Fall jedoch durchaus realisierbar waren.

Insgesamt waren nach Ansicht des Bundeskartellamts durch das Pauschalverbot **keine zusätzlichen Effizienzgewinne** erkennbar, welche über die Umsetzung der übrigen Vorgaben für den Online-Vertrieb hinausgehen. Hätte man als Vergleichsbasis einen vollständig unregulierten Online-Verkauf herangezogen, wären durch das Pauschalverbot vermutlich Effizienzgewinne zu begründen gewesen. In diesem Fall wäre eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV jedoch daran gescheitert, dass ein Pauschalverbot nicht unerlässlich zur Erreichung dieser Effizienzgewinne wäre.

Weiterhin war nach Ansicht des Bundeskartellamtes nicht zu erwarten, dass die **Verbraucher** an den möglichen Effizienzwirkungen, so sie denn überhaupt anzunehmen wären, **angemessen beteiligt** würden. Die vorgetragene Argumentation, dass Verbrauchern nur durch das Verbot von Marktplätzen ein der Marke angemessenes Käuferlebnis inklusive der notwendigen Beratung ermöglicht würde, scheint in Anbetracht des wachsenden Online-Handels und Cross-Channel Vertriebs die Marktrealität nicht zutreffend widerzuspiegeln. Jeder Verbraucher hat unterschiedliche Zahlungsbereitschaften für die verschiedenen Kombinationen aus Produkteigenschaften, Beratungsleistung und Verkaufsumfeld. Zum einen erscheint es offensichtlich, dass der Beratungsbedarf bei einzelnen Gruppen von Sportartikeln variiert. So wurde in der Händlerbefragung der **Beratungsbedarf** beispielsweise für Outdoorbekleidung deutlich höher eingeschätzt als für Fanbekleidung. Zum anderen unterscheidet sich das Beratungsbedürfnis für ein und dasselbe Produkt individuell für jeden Verbraucher. So schätzen

manche Verbraucher den persönlichen Kontakt mit dem Verkaufspersonal, andere bevorzugen die Einschätzungen von Käufern, die im Internet Bewertungen über das Produkt abgeben oder sie verfügen bereits über alle kaufrelevanten Informationen vorab. Verbraucher offenbaren ihre unterschiedlichen Präferenzen durch ihr Kaufverhalten. Die hohen Nutzerzahlen für Online-Marktplätze zeigen, dass viele Verbraucher diesen Vertriebsweg schätzen. Die Händlerbefragung hat ergeben, dass bei Händlern, die neben ihrem Online-Shop unter eigener URL auch mindestens einen Shop auf Marktplätzen haben, der Umsatzanteil über die Marktplatzshops höher ist. Es erscheint nicht angemessen, die Internet-affinen Verbraucher, welche adidas-Produkte über ihr Kundenkonto auf einem Online-Marktplatz kaufen möchten, im Hinblick auf das aus Herstellersicht bessere Käuferlebnis beispielsweise auf den adidas-Onlineshop, geschlossene Marktplätze wie Zalando oder den stationären Handel zu verweisen. Diese Verbraucher hatten bereits vor dem Plattformverbot die Möglichkeit dort einzukaufen, haben sich aber trotzdem für einen Kauf über Online-Marktplätze entschieden. Die Verbrauchergruppe, die den stationären Einkauf oder den offiziellen adidas-Shop bevorzugt, hatte ebenfalls bereits die Möglichkeit entsprechend einzukaufen. Für diese Verbrauchergruppe blieben die Einkaufsmöglichkeiten nach dem Marktplatzverbot unverändert.

Wenn Verbrauchern die von ihnen bevorzugten Einkaufskanäle entzogen werden, ist nicht zu erwarten, dass ihnen Nutzen aus dieser Maßnahme zufließen wird, es sei denn, dies wäre unerlässlich um die Beratungsmöglichkeiten innerhalb des selektiven Vertriebssystems zu erhalten. Wie bereits dargestellt, ist ein generelles Marktplatzverbot jedoch nicht das geeignete Mittel, um Trittbrettfahren zu verhindern. Um die Koordinierungsprobleme innerhalb der Wertschöpfungskette zu reduzieren, ist es erforderlich, die Anreize im selektiven Vertriebssystems so zu setzen, dass das Angebot an Beratungsleistungen erhalten bleibt. Es ist also sicherzustellen, dass autorisierte Einzelhändler, die über Marktplätze verkaufen möchten, auch die angemessenen Beratungsdienstleistungen vorhalten.

Dem Kriterium, dass die Wettbewerbsbeschränkungen zur Erreichung der Effizienzgewinne **unerlässlich** sein müssen, kam bei der Prüfung des Marktplatzverbots eine besonders große Bedeutung zu. Selbst wenn man annehmen würde, dass Per-se-Verkaufsverbote über Online-Marktplätze existierende Koordinierungsprobleme innerhalb der Wertschöpfungskette lösen könnten, was nach Ansicht des Bundeskartellamts im vorliegenden Fall nicht zutreffend war, wären diese nicht unerlässlich, um eventuelle positive Effekte zu erreichen. Gegenüber einem Pauschalverbot sind qualitative Vorgaben an die Art und Weise des Marktplatzvertriebs das mildere und weniger wettbewerbsbeschränkende Mittel, diese Effekte zu erreichen. Die effizienteste Art, eventuelle Probleme zu lösen, ist diese durch qualitative Vorgaben direkt zu adressieren. Im Verfahrensverlauf hat adidas dazu vorgetragen, welche qualitativen Mängel

beim Verkauf von adidas-Produkten auf verschiedenen Online-Marktplätzen nach Ansicht des Unternehmens vorlagen. Diesen durchaus nachvollziehbaren Kritikpunkten ist adidas in der Neufassung der Vertriebsrichtlinien durch konkrete Vorgaben an die Gestaltung der Shops auf Marktplätzen sowie an den Suchprozess auf Drittplattformen begegnet. adidas stellt die Forderung auf, dass bei einer markenspezifischen Suche nach adidas-Produkten auf Online-Marktplätzen auch primär adidas-Produkte im Suchergebnis angezeigt werden. Dies liegt nicht nur im Interesse des Markeninhabers, sondern auch der Kunden, die nach Markenprodukten suchen. Obwohl die Vorgaben zwangsläufig nur die autorisierten adidas Händler binden, ist zu erwarten, dass sie dennoch auch insgesamt einen positiven Effekt auf die Warenpräsentation auf Online-Marktplätzen haben werden.

Aufgrund der bereits fehlenden Unerlässlichkeit konnte im vorliegenden Fall offen gelassen werden, inwieweit das Kriterium des Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass der Wettbewerb auf dem betroffenen Markt nicht ausgeschaltet werden darf, erfüllt ist. Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung wurden jedoch die starke Marktposition von adidas und der relativ hohe Konzentrationsgrad auf den verschiedenen Sportartikelmärkten berücksichtigt. Wenn ein Unternehmen wie adidas überschießend restriktive Bedingungen im selektiven Vertriebssystem etabliert und damit den markeninternen Wettbewerb spürbar beschränkt, hat dies auch negative Auswirkungen auf den Inter-Brand Wettbewerb. Erhöhte Endkundenpreise für adidas-Produkte reduzieren auch den Wettbewerbsdruck auf andere Marken, so dass insgesamt das Preisniveau für die betroffenen Sportartikel ansteigen kann. Die Tatsache, dass andere Sportartikelhersteller ähnliche Beschränkungen in ihre Selektivvertriebssysteme aufgenommen haben, verstärkt diesen wettbewerbsschädigenden Effekt noch einmal deutlich.

- **Weitere Prüfungsaspekte**

Im Übrigen spricht Einiges dafür, auch auf den Märkten, auf denen adidas die Marktanteilsschwelle von 30% nicht überschreitet, das Per-se-Verbot des Verkaufs über (offene) Online-Marktplätze nach Maßgabe der insoweit auf die Vereinbarung anzuwendenden Vertikal-GVO ähnlich zu beurteilen. Nach vorläufiger Auffassung des Bundeskartellamts ist insoweit zu differenzieren zwischen Qualitätsanforderungen, die der Hersteller in Bezug auf den Vertrieb seiner Produkte aufstellen kann, und Regelungen, die sich gegen den Internetvertrieb als solchen richten und die als schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen von vorneherein nicht unter die Gruppenfreistellung nach der Vertikal-GVO fallen. Hierzu gehören aus derzeitiger Sicht des Bundeskartellamtes Vorgaben, durch die in einem selektiven Vertriebssystem Verkäufe der zugelassenen Händler an Endkunden wesentlich beschränkt werden und die weder Online-Verkäufe und stationäre Verkäufe in vergleichbarer Weise treffen noch zur

Sicherung oder Verbesserung der Qualität des Vertriebs beitragen können. Es erscheint daher naheliegend, dass dies auch bei einem Per-se-Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze der Fall ist, da nach dem Ergebnis der Ermittlungen qualitative Gründe für ein pauschales Verbot unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Marktplatzes – wie vorstehend dargelegt – nicht ersichtlich sind.

Über die Änderungen zur Plattformnutzung hinaus hat adidas seine Vertriebsbedingungen in einigen weiteren Punkten angepasst. Ein wichtiger Aspekt aus Sicht des Bundeskartellamts ist die Freiheit jedes autorisierten Händlers, der adidas-Produkte verkaufen darf, dies auch mithilfe von **Suchmaschinenwerbung** bewerben zu dürfen. In der Neuformulierung der adidas eCommerce Bedingungen wurde klargestellt, dass es allen autorisierten Händlern freisteht, adidas Markenbegriffe als Suchwort bei der Suchmaschinenwerbung wie z.B. Google AdWords zu verwenden. Durch den kompletten Wegfall des Drittplattformverbots und des Kriteriums, dass nur ein Händler pro Produkt auf einer Plattform zugelassen ist, sowie die Klarstellung zur Suchmaschinenwerbung konnten die wettbewerbsrechtlichen Bedenken des Bundeskartellamts gegenüber den adidas eCommerce Bedingungen ausgeräumt werden.



Rechtswidrige Beschränkungen des Online-Vertriebs bei Laufschuhen von ASICS

Branche: Schuhe

Aktenzeichen: B2-98/11

Datum der Entscheidung:
26. August 2015

veröffentlicht:
13. Januar 2016

1. Entscheidung

Das Bundeskartellamt hat mit Beschluss vom 26. August 2015 gemäß § 32 Abs. 3 GWB nachträglich festgestellt, dass die Anwendung des „Vertriebssystems 1.0“ durch die ASICS Deutschland GmbH („ASICS“) gegenüber ihren in Deutschland ansässigen autorisierten Händlern gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB verstößt.

Wegen eines Streits um Geschäftsgeheimnisse konnte die Entscheidung erst am 13. Januar 2016 veröffentlicht werden. Zuvor hatte ASICS am 9. Januar 2016 seine vorbeugende Unterlassungsbeschwerde beim OLG Düsseldorf gegen die vom Bundeskartellamt vorgesehene Veröffentlichung mit einer Anonymisierung von Geschäftsgeheimnissen (aber nicht in dem von ASICS gewünschten Umfang) zurückgenommen. In seinem Beschluss über die Kosten vom 11. Januar 2016 hat das OLG Düsseldorf die Kosten der Beschwerdeführerin ASICS auferlegt, weil „die Beschwerde erfolglos geblieben wäre“.

ASICS hatte bis Ende 2012 in Deutschland ein selektives Vertriebssystem eingeführt, das Beschränkungen bei der Nutzung des ASICS-Markenzeichens für Internet-Werbung, bei der Zusammenarbeit mit Preissuchmaschinen und beim Verkauf über Online-Marktplätze vorsah („Vertriebssystem 1.0“). Aufgrund von Beschwerden von Händlern hatte das Bundeskartellamt im September 2011 ein Kartellverwaltungsverfahren eingeleitet, um die Vereinbarkeit des Vertriebssystems 1.0 mit dem deutschen und europäischen Kartellrecht zu prüfen.

Während des laufenden Verfahrens gab ASICS drei vom Bundeskartellamt vorläufig beanstandete Regelungen des Vertriebssystems 1.0 auf und praktiziert sie jedenfalls seit Ende Februar 2015 nicht mehr. Das Bundeskartellamt hat insofern eine nachträgliche Feststellungsentscheidung zur kartellrechtlichen Bewertung des Vertriebssystems 1.0 getroffen. Es bestand hierfür aus seiner Sicht ein berechtigtes Interesse, da durch die Feststellung der beendeten Zuwiderhandlung die Geltendmachung etwaigen Schadensersatzansprüche für Betroffene erleichtert wird. Darüber hinaus kann die Entscheidung auch Signalwirkung für andere Hersteller haben, die in ihren Vertriebssystemen vergleichbare Klauseln verwenden.

Nach Ansicht des Bundeskartellamtes verstießen folgende Regelungen des von ASICS gegenüber seinen autorisierten Händlern verwendeten Vertriebssystems 1.0 als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB:

- Verbot, einem Dritten zu erlauben, Markenzeichen von ASICS in jeglicher Form auf der Internetseite des Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des autorisierten ASICS-Händlers zu leiten („Verbot der Verwendung von Markenzeichen“)
- Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen durch Bereitstellung anwendungsspezifischer Schnittstellen („Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen“)

Diese Regelungen waren nicht gemäß Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO bzw. gemäß § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO freistellungsfähig, weil sie nach Ansicht des Bundeskartellamtes Kernbeschränkungen i.S.v. Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO darstellten. Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 Abs. 1 GWB war weder dargetan noch ersichtlich.

Das Vertriebssystem 1.0 enthielt zusätzlich ein Verbot der Bewerbung oder des Verkaufs von ASICS-Produkten über den Internetauftritt eines Dritten („Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze“). Auch dieses Verbot dürfte nach Einschätzung des Bundeskartellamtes eine gegen Artikel 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB verstoßende bezweckte und als Kernbeschränkung nicht freistellungsfähige Wettbewerbsbeschränkung sein. Da die vorstehend genannten Verbote als Kernbeschränkungen jeweils für sich bereits zur Rechtswidrigkeit des gesamten Vertriebssystems führten, konnte diese Frage jedoch offen bleiben.

2. Wirtschaftlicher Hintergrund

Der Internethandel bringt erhebliche Wettbewerbsimpulse mit sich. Im Wesentlichen sind dies die Absenkung der Transaktionskosten auf allen Marktstufen, insbesondere die Reduzierung der Suchkosten der Endkunden, sowie die Vergrößerung der (geographischen) Reichweite der Händler. Der Endverbraucher wird in die Lage versetzt, Angebote zeitsparender und kostengünstiger hinsichtlich Qualität und Preis zu vergleichen, als dies im stationären Handel möglich ist, und kann darüber hinaus auch wesentlich mehr Angebote bei seinem Vergleich einbeziehen. Die Suche wird ihm zusätzlich erleichtert durch internetspezifische Suchmöglichkeiten wie etwa Suchmaschinen, Preisvergleichsseiten oder Online-Marktplätze, die in der Regel einen unmittelbaren Vergleich der Angebote der auf ihrer Plattform tätigen Händler ermöglichen.

Ferner wird durch das Internet die Informationsasymmetrie in Bezug auf die Qualität des Angebots gesenkt. Endverbraucher können sich insoweit nicht nur auf den Websites der Hersteller oder Händler informieren, sondern auch in Internetforen und auf Online-Marktplätzen Bewertungen oder Kommentierungen austauschen. Das Internet erhöht die Angebotsreichweite der Händler, da sie nicht nur mehr Produkte verkaufen, sondern auch ein breites Sortiment in einem größeren Vertriebsgebiet anbieten können. Hersteller können über das Internet unmittelbar mit dem Endkunden in Kontakt treten. Sie können ihn auf ihrer Website oder in sonstigen Internetforen über ihre Produkte informieren oder über eigene Online-Shops selbst unmittelbar an Endkunden verkaufen.

In letzter Zeit kommt es zudem zu einer verstärkten Vernetzung zwischen stationärem Einzelhandel und Online-Handel. Immer mehr Einzelhändler vertreiben ihre Waren sowohl über stationäre Geschäfte als auch über das Internet. Nicht nur errichten viele Händler, die in der Vergangenheit ausschließlich stationär tätig waren, zusätzlich einen Online-Shop, auch bislang nur online tätige Händler gehen dazu über, zumindest in großen Ballungsgebieten stationäre Geschäfte zu eröffnen. Auch werden neue Einkaufskonzepte angeboten, die den Online- und den Offline Handel miteinander verknüpfen. Beispielsweise ist es bei vielen Anbietern möglich, Produkte im Internet auszuwählen und in ein bestimmtes Ladengeschäft liefern zu lassen. Auch die Hersteller verkaufen immer häufiger nicht nur über eigene Ladengeschäfte, sondern auch über eigene Online-Shops direkt an Endkunden.

3. Betroffener Markt und Marktanteile

Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung hat das Bundeskartellamt einen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Laufschuhen abgegrenzt. Laufschuhe sind nach dem Ergebnis der Ermittlungen aus Sicht der Marktgegenseite nicht mit Sportschuhen für andere Sportarten austauschbar. Bei Anbietern von Sportschuhen für andere Sportarten besteht auch keine hinreichende Produktionsumstellungsflexibilität, um unter diesem Aspekt von einem größeren sachlich relevanten Markt auszugehen. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen wäre es auch nicht sachgerecht, von einem gesonderten Markt für Laufschuhe im Leistungssportbereich auszugehen. Ebenso scheidet eine weitergehende Unterteilung des Marktes für Laufschuhe in einzelne Laufsegmente wie beispielsweise Trail Running oder Natural Running aus.

Nach Auffassung der Beschlussabteilung ist der Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Laufschuhen in räumlicher Hinsicht national abzugrenzen. Hierfür spricht insbesondere, dass aufgrund der national ausgerichteten Vertriebsstrukturen des weit überwiegenden Teils der Hersteller grenzüberschreitende Lieferungen nicht oder jedenfalls nicht in erheblichem Umfang stattfinden. Bestellungen der Händler werden in den Vertriebssystemen fast aller Laufschuhhersteller bei einer nationalen Vertriebsgesellschaft oder einem für ihr jeweiliges Land zuständigen Distributeur aufgegeben und über diese abgewickelt. Ferner spricht dafür, dass in den EU-Mitgliedstaaten weiterhin unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen bestehen. Dementsprechend finden nach dem Ergebnis der Ermittlungen auch auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt keine erheblichen grenzüberschreitenden Warenlieferungen statt.

Auf dem deutschen Markt für die Herstellung und den Vertrieb von Laufschuhen verfügte ASICS in den Jahren 2011 und 2012 jeweils über Marktanteile von 25%-30%. Die anderen beiden großen Hersteller von Laufschuhen sind Adidas und Nike, die zusammen mit Asics über einen Marktanteil von über 75% verfügen.

4. Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV

Das im Vertriebssystem 1.0 vorgesehene Verbot der Verwendung von Markenzeichen und das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen, die jeweils als pauschale Verbote ausgestaltet waren, stellten bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV dar.

Mit den vorgenannten Verboten wurden den von ASICS autorisierten Händlern jeweils Maßnahmen untersagt, durch die sie die Auffindbarkeit ihres Online-Shops für Endkunden

hätten verbessern können. Das pauschale Verbot der Verwendung von Markenzeichen beschränkte sie in ihrer Möglichkeit, über das Internet Werbung unter Verweis darauf zu betreiben, dass sie ASICS-Produkte verkaufen. Infolge dessen wurden sie von Kunden, die diese Produkte suchen, schlechter gefunden. Das pauschale Verbot der Unterstützung von im Internet verfügbaren Preisvergleichsmaschinen behinderte den Zugang zu einem für Endkunden besonders bedeutenden Absatzweg. Insofern schränkten beide Verbote die durch die Nutzung des Internets als Vertriebskanal grundsätzlich mögliche Intensivierung des Preiswettbewerbs ein.

Die in Rede stehenden Klauseln waren auch nicht aufgrund der sog. Metro-Rechtsprechung des EuGH vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen. Der EuGH hat anerkannt, dass es legitime Bedürfnisse gibt, die eine mit einem selektiven Vertriebssystem verbundene Einschränkung des Preiswettbewerbs zugunsten eines andere Faktoren als die Preise betreffenden Wettbewerbs rechtfertigen. Derartige Vertriebssysteme sind mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar.¹ Die Organisation eines solchen selektiven Vertriebssystems fällt nicht unter das Verbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV, sofern (1.) die Auswahl der Wiederverkäufer anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die (2.) einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden, (3.) sofern die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz erfordern und (4.) sofern die festgelegten Kriterien nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.

Bei dem von ASICS verwendeten Vertriebssystem 1.0 handelte es sich nicht um ein rein qualitatives, sondern um ein gemischt qualitativ-quantitatives selektives Vertriebssystem. Damit schied bereits aus diesem Grund eine grundsätzliche Ausnahme vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV aus. Darüber hinaus war auch die für eine solche Ausnahme erforderliche Voraussetzung, dass mit den Regelungen legitime Ziele auf verhältnismäßige Weise verfolgt werden, nicht erfüllt (s. hierzu im Einzelnen unten).

¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 13.10.2010, Rs. C – 439/09, Rn. 40 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*; Urteil vom 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, Rn. 33 – „*AEG-Telefunken*“; Urteil vom 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875, Rn. 21 – „*Metro I*“.

5. Keine Freistellung des Verbots der Verwendung von Markenzeichen

Das Verbot der Verwendung von Markenzeichen verstieß nach Ansicht des Bundeskartellamtes als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB und war als Kernbeschränkung i.S.v. Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO nicht freistellungsfähig.

Das von ASICS vorgesehene Verbot betraf die Verwendung von Markenzeichen als Schlüsselwort für bezahlte Suchmaschinenwerbung, für die Schaltung von Werbeanzeigen auf Internetseiten Dritter sowie im Rahmen von Backlinks zur Suchmaschinenoptimierung². Durch diese Maßnahmen hätten autorisierte ASICS-Händler die Auffindbarkeit ihres Online-Angebots an ASICS-Laufschuhen für Endkunden erheblich verbessern und auf diese Weise neue Kunden über das Internet gewinnen können. Indem ihnen diese Maßnahmen pauschal – d.h. unabhängig von der Erfüllung konkreter Anforderungen an die Ausgestaltung der Werbemaßnahme und der Internetseite des Dritten – untersagt waren, wurden sie in ihrer Möglichkeit, über das Internet Kunden auch außerhalb ihres geographischen Tätigkeitsgebiets zu erreichen, beschränkt. Insofern lag in dem Verbot der Verwendung von Markenzeichen eine wesentliche Beschränkung der Möglichkeit der autorisierten Händler, Online-Verkäufe an Endverbraucher zu tätigen.

Eine solche Beschränkung kann allerdings eine im Selektivvertriebssystem legitime Einschränkung der Verkaufsmöglichkeiten selektiver Händler sein, wenn sie (i) nach dem sog. Äquivalenzprinzip in vergleichbarer Form autorisierten Händlern auch für den stationären Handel auferlegt werden dürfte; (ii) sich außerhalb solcher Vergleichsüberlegungen als legitime Qualitätsanforderung für den Vertrieb von ASICS-Produkten darstellt; oder (iii) unter markenrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt ist. Das Verbot der Verwendung von Markenzeichen erfüllte jedoch keine dieser Bedingungen:

Ein Verstoß gegen das in Tz. 56 der Vertikalleitlinien der Europäischen Kommission geregelte Äquivalenzprinzip liegt vor, wenn für Internetverkäufe Kriterien vorgesehen werden, die „insgesamt den Kriterien für Verkäufe im physischen Verkaufsraum nicht gleichwertig sind“. Unterschiedliche Kriterien müssen im unterschiedlichen Wesen der beiden Vertriebswege begründet sein. Allerdings war eine solche Äquivalenzprüfung bei dem Verbot der Verwendung von Markenzeichen im Vertriebssystem 1.0 von vorneherein nicht möglich: Denn die Verwendung von Markenzeichen als Schlüsselwörter für bezahlte Suchmaschinenwerbung, für

² Als sog. „Backlinks“ werden eingehende Links auf einer Webseite bezeichnet, die von einer anderen Webseite aus auf diese führen.

die Schaltung von Werbeanzeigen auf Internetseiten Dritter sowie im Rahmen von Backlinks zur Suchmaschinenoptimierung sind internetspezifische Nutzungsformen, für die es kein vergleichbares Äquivalent im stationären Vertrieb gibt. Die genannten internetspezifischen Such- und Verkaufsfunktionalitäten tragen gerade dazu bei, die Effizienzen des Internetvertriebs – insbesondere die größere Reichweite für die Händler – zu realisieren. Insofern konnten Äquivalenzerwägungen das Verbot nicht rechtfertigen.

Das Vorliegen einer legitimen Qualitätsanforderung setzt voraus, dass die betreffende Vorgabe generell – d.h. in den meisten oder einer Vielzahl vergleichbarer Fälle – darauf abzielt, die Qualität des Vertriebs zu sichern oder zu verbessern. Sie muss sich also insbesondere auf Aspekte beziehen, die – unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Endkunden – die Qualität oder die Effizienz des Vertriebs beeinflussen. Hierzu gehören z.B. die Produktpräsentation, die Kundenberatung, die Sortimentsbreite oder der Distributionsgrad. Mithin handelt es sich bei einer „echten“ Qualitätsanforderung um eine Vorgabe, die auf der Grundlage einer generellen Betrachtungsweise objektiv – d.h. unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Endkunden – der Sicherung oder Verbesserung der Qualität des Vertriebs dient oder dienen kann. Ist die Anforderung zudem generell verhältnismäßig, so kann vermutet werden, dass trotz der wesentlichen Beschränkung von Internetverkäufen ihre positiven wettbewerblichen Auswirkungen – nämlich die Steigerung des Qualitätswettbewerbs – überwiegen und die Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Bei dem im Vertriebssystem 1.0 vorgesehenen Verbot der Verwendung von Markenzeichen war dies jedoch nicht der Fall: Es schloss pauschal jede Werbung mit der Marke ASICS aus, ohne auf berechnigte Interessen der Händler etwa nach branchenüblicher Internetwerbung Rücksicht zu nehmen.

Das pauschale Verbot der Verwendung von Markenzeichen konnte schließlich auch nicht mit markenrechtlichen Argumenten begründet werden. Zur Frage, ob ein Dritter berechnigt ist, eine fremde Marke als Schlüsselwort bei *Google Adwords* zu verwenden, ist bereits entschieden, dass dies nicht zwangsläufig eine Markenrechtsverletzung darstellt.³ Vielmehr kommt es darauf an, ob eine der Funktionen der Marke, insbesondere die Herkunftsfunktion (Hinweis der Marke auf den Hersteller und die (betriebliche) Herkunft eines Produkts), die Werbefunktion (Werbung mit der Marke im geschäftlichen Verkehr) oder die Investitionsfunktion (Einsatz der Marke zum Erwerb oder zur Wahrung eines guten Rufs, der geeignet ist, Verbraucher anzuziehen und zu

³ Vgl. EuGH, a.a.O., *Google France und Google*, Rz. 75 ff.

binden) durch diese Benutzung beeinträchtigt werden.⁴ ASICS Deutschland hätte insoweit die Möglichkeit gehabt, konkrete vertragliche Vorgaben für die Ausgestaltung der in der Suchergebnisliste unter „Anzeigen“ erscheinenden Werbeanzeige zu machen, durch die ein Irrtum der Verbraucher über die Herkunft der Produkte ausgeschlossen hätte ausgeschlossen werden können. Das pauschale Verbot der Verwendung im Vertriebssystem 1.0 war aus diesem Grunde nicht erforderlich und unverhältnismäßig.

Zweck des Verbots der Verwendung von Markenzeichen war die Beschränkung von Internetverkäufen der Händler an Endkunden auf Internetseiten Dritter. Für die Frage, ob eine Beschränkung gemäß Art. 4 Vertikal-GVO „bezweckt“ ist, gelten die gleichen Grundsätze wie für die Frage, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt. Insofern sind also nicht die häufig nur schwer zu ermittelnden subjektiven Absichten der Beteiligten maßgebend, sondern vielmehr der objektive Zweck der Maßnahme, d.h. ihre wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung. Ein pauschales Verbot der Verwendung von Markenzeichen ist seiner Natur nach geeignet, Internetverkäufe der Händler zu beschränken. Da im Vertriebssystem 1.0 sämtliche Formen der Internetwerbung unter Verwendung der Herstellermarken verboten waren, war das Online-Angebot eines Händlers erheblich schlechter auffindbar.

6. Keine Freistellung des Verbots der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen

Auch das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen verstieß nach Ansicht des Bundeskartellamtes als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB und war als Kernbeschränkung i.S.v. Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO nicht freistellungsfähig.

Durch das Verbot wurde es den autorisierten Händlern im ASICS-Vertriebssystem 1.0 untersagt, Preisvergleichsmaschinen aktiv zur Verkaufsförderung zu nutzen⁵. Sie durften ihre eigene Website nicht mit der Preisvergleichsmaschine verknüpfen bzw. verknüpfen lassen, so dass ihre Produktangebote nebst Preisangabe bei Suchanfragen der Endkunden nicht auftauchten. Das Verbot bestand dabei unabhängig von der Ausgestaltung der jeweiligen Preisvergleichsmaschine.

⁴ Vgl. EuGH, a.a.O., *Google France und Google*, Rz. 79; Urteil vom 22.9.2011, C – 323/09, *Interflora*, Rz. 42, 60 ff.

⁵ Als „Preisvergleichsmaschinen“ werden Webseiten bezeichnet, auf der Verbraucher zu einem gesuchten Produkt mehrere Angebote auf einer Seite finden, um deren Preis zu vergleichen.

Das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen im Vertriebssystem 1.0 stellte eine wesentliche Beschränkung von Online-Verkäufen dar. Im Hinblick auf das fast unbegrenzte Produktangebot im Internet und die Vielzahl der dort tätigen Händler ist es für Endkunden, die auf bestimmte Kriterien wie etwa den Preis besonderen Wert legen, notwendig, geeignete Angebote von speziellen Suchmaschinen „herausfiltern“ zu lassen. Preisvergleichsmaschinen kommt hier eine besondere Bedeutung zu. Auch wenn sie nicht sämtliche online verfügbaren Angebote, sondern nur die Angebote der ihr angeschlossenen Händler auswerten, erlangt der Endkunde hier mit wenig Aufwand einen Überblick über die Preissetzung der zugelassenen Händler und kann ihm preisgünstig erscheinende Angebote aufrufen. Häufig werden sie auch ganz allgemein als Suchmaschine für Produkte und Anbieter genutzt.

Das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen im Vertriebssystem 1.0 war nicht nach Maßgabe des Äquivalenzprinzips vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt. Auch in Bezug auf diese Klausel konnte eine Prüfung, ob für den Vertrieb über Ladengeschäfte und den Vertrieb über das Internet insgesamt gleichwertige Kriterien vorgesehen sind, nicht vorgenommen werden, da es ein Äquivalent für Preisvergleichsmaschinen im stationären Vertrieb nicht gibt.

Qualitative Erwägungen, die das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen begründen könnten, waren nicht ersichtlich. Insbesondere rechtfertigte sich das pauschale Verbot nicht als Maßnahme zum Schutz des Markenimages oder zur Lösung eines Trittbrettfahrerproblems.

Ein pauschales Verbot von Preisvergleichsmaschinen ist keine Regelung, die generell dem Schutz des Images der Herstellermarke dient. Die Auffindbarkeit eines Markenprodukts auf einer Preisvergleichsseite kann nicht pauschal als markenschädigend angesehen und daher unter Verweis auf den Schutz des Markenimages unterbunden werden. Denn der EuGH hat in der Entscheidung *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* festgestellt, dass der „Schutz des Prestigecharakters“ kein legitimes Bedürfnis ist, das eine Online-Verkäufe pauschal ausschließende Vereinbarung in einem selektiven Vertriebsvertrag objektiv rechtfertigen könnte.⁶ Aus Sicht des Bundeskartellamts war das Pauschalverbot der Zusammenarbeit mit Preisvergleichsmaschinen im Vertriebssystem 1.0 entsprechend zu bewerten.

⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.10.2011, Rs. C-439/09, Rz. 46 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

Auch ein zu lösendes Trittbrettfahrer-Problem – bei dem vornehmlich online verkaufende autorisierte Händler von den Investitionen in Käuferberatung profitieren, die vornehmlich stationär verkaufende autorisierte Händler machen – rechtfertigte das pauschale Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen im Vertriebssystem 1.0 nicht. Mit Blick auf die zunehmende Vernetzung des Internethandels mit dem stationären Handel ist bereits fraglich, ob bei den in Rede stehenden Produkten überhaupt ein Trittbrettfahrer-Problem besteht. Allgemein nutzen in diversen Produktbereichen mittlerweile viele Endkunden online- und stationäre Vertriebskanäle parallel. Letztlich konnte die Frage, ob ein erhöhter oder spezifischer Beratungsbedarf besteht, der mit den dem Online-Vertrieb zur Verfügung stehenden Möglichkeiten (noch) nicht erfüllt werden kann, aber dahinstehen. Denn die Möglichkeit des Trittbrettfahrens ist kein Problem, das speziell aus der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen durch zugelassene Händler resultiert. Es besteht unabhängig davon und betrifft den Internetvertrieb insgesamt. Zur Lösung eines etwaigen Trittbrettfahrer-Problems müssten statt eines pauschalen Verbots von Preisvergleichsmaschinen daher andere Maßnahmen ergriffen werden.

Die Beschränkung von Internetverkäufen der Händler an Endkunden war aus Sicht des Bundeskartellamts der Zweck des Verbots der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen. Durch das Verbot wurde die Preistransparenz im Internet eingeschränkt, und zwar nicht nur im Online-Handel, sondern auch im stationären Handel. Mit der Preistransparenz sank auch der Wettbewerbsdruck auf stationäre Händler für ASICS-Produkte. Daneben sank infolge dann höherer Preise für ASICS-Produkte auch der Wettbewerbsdruck im sog. Inter-Brand-Wettbewerb auf Händler, die Sportartikel anderer Markenhersteller vertreiben. Verstärkt wurden diese Wettbewerbsbeschränkungen durch die erhebliche Konzentration auf dem Markt für Laufschuhe, auf dem die drei führenden Hersteller Nike, Asics und Adidas einen gemeinsamen Marktanteil von über 75% halten, und durch die Tatsache, dass Nike und Adidas ähnliche selektive Vertriebssysteme wie Asics praktizierten bzw. noch praktizieren.

7. Keine Freistellung des Verbots der Nutzung von Online-Marktplätzen

Nach Ansicht des Bundeskartellamtes sprachen gute Gründe dafür, dass auch das Verbot der Nutzung von Online-Marktplätzen im Vertriebssystem 1.0 als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB verstieß und als Kernbeschränkung i.S.v. Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO nicht freistellungsfähig war. Im konkreten Fall kam es allerdings für die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit des Vertriebssystems 1.0 auf diese Frage nicht an, da hierfür bereits die sonstigen festgestellten Kernbeschränkungen –

Verbot der Verwendung von Markenzeichen, Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen – genügten.

In Deutschland besteht hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung von Marktplatz-Verboten zur Zeit eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Es gibt einerseits obergerichtliche Entscheidungen, nach denen solche Verbote zulässig sind⁷, andererseits aber auch Rechtsprechung, in denen sie als Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b) bzw. lit. c) Vertikal-GVO eingeordnet werden⁸.

Aus Sicht des Bundeskartellamts erscheint es naheliegend, dass ein in einem selektiven Vertriebssystem vorgesehene pauschales Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze für viele Händler zu einer wesentlichen Beschränkung ihrer Möglichkeit führt, über das Internet an Endkunden zu verkaufen. Online-Marktplätze wie etwa Amazon oder eBay werden von sehr vielen Kunden genutzt und haben daher eine hohe Reichweite. Deswegen ist gerade für kleine und mittlere Online-Shops die Präsenz auf einem Online-Marktplatz entscheidend für ihre Auffindbarkeit. Die Ermittlungen des Bundeskartellamts haben ergeben, dass jedenfalls auf dem untersuchten Markt für Laufschuhe der Verkauf über Online-Marktplätze für viele Händler eine entsprechend hohe Bedeutung hat. Insofern lag es nahe, das pauschale Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze im Vertriebssystem 1.0 als erhebliche Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher im Sinne von Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO zu werten.

Äquivalenzerwägungen zum stationären Vertrieb dürften das Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze nach Ansicht des Bundeskartellamts nicht gerechtfertigt haben. Es waren nämlich auch insofern keine Vergleichsmaßstäbe aus dem Bereich des stationären Handels ersichtlich. Online-Marktplätze mit der Möglichkeit einer Einzelproduktsuche, bei der eine Ergebnisliste erstellt wird, aus der der Endkunde bereits den Preis des jeweiligen Angebots und ggf. die Bewertung des betreffenden Händlershops ersehen kann, gibt es nur im Internet. Einen vergleichbaren Service bieten Einkaufszentren, die häufig als mögliches Äquivalent im stationären Vertrieb angeführt werden, nicht.

Jenseits von Äquivalenzerwägungen dürfte das pauschale Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze auch keine im Übrigen zulässige Qualitätsanforderung dargestellt haben. Denn das Geschäftsmodell „Online-Marktplatz“ als solches beeinträchtigt die Produktpräsentation nicht generell. Zwar zeigt die Ergebnisliste einer Suche auf gängigen Online-Marktplätzen regelmäßig nicht die Angebote allein eines Händlers, sondern auch die Angebote, die

⁷ OLG München, Urteil vom 2.7.2009 (U (K) 4842/08), OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.11.2009 (6 U 47/08 Kart), OLG Frankfurt, Urteil vom 22. Dezember 2015 (11 U 84/14 (Kart)).

⁸ OLG Schleswig, Urteil vom 5. Juni 2014 (16 U Kart 154/13).

verschiedene andere Händler für das gesuchte Produkt machen. Das nahezu unbegrenzte Produktangebot im Internet zwingt den Endkunden in der Regel, seine Suche möglichst rasch auf bestimmte Produkte einzuengen. Bei einer Suche nach Produktgruppen oder gar Sortimenten würde er zu viele Angebote erhalten. Die Möglichkeit der Einzelproduktsuche vereinfacht seine Suche somit erheblich und trägt maßgeblich zur (weiteren) Reduzierung seiner Suchkosten bei. Auch beeinträchtigt dieses Nebeneinander von Angeboten verschiedener Händler nach Auffassung des Bundeskartellamts die Qualität der Produktpräsentation nicht in einem Ausmaß, das ein absolutes Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze rechtfertigt. Denn der Hersteller kann den Verkauf autorisierter Händler über Online-Marktplätze durch weniger einschneidende Maßnahmen als ein Pauschalverbot regeln, etwa indem er vorgibt, dass über den Online-Marktplatz nach entsprechender Einstellung durch den Nutzer eine Suche nur nach Angeboten autorisierter Händler möglich ist. Ebenfalls kann der Hersteller vorschreiben, dass der von einem autorisierten Händler auf einem Online-Marktplatz betriebene Online-Shop dieselben Anforderungen erfüllen muss wie ein auf einer Website des Händlers selbst betriebener Shop.

Auch zum Schutz des Images der Herstellermarke dürfte das pauschale Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze im Vertriebssystem 1.0 nicht erforderlich gewesen sein. Hersteller investieren im Hinblick auf die Differenzierungsfunktion der Marke in die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Markenimages, um einen höheren Preis erzielen zu können. Insofern kann das Markenimage für Endkunden prinzipiell einen Wert darstellen, für den sie zur Zahlung eines Preisaufschlags bereit sind. Aus Sicht des Bundeskartellamts ist indes eine durch Online-Marktplätze verursachte Stärkung des Preiswettbewerbs für sich genommen nicht notwendig markenschädigend. Zu berücksichtigen ist auch, dass das im Vertriebssystem 1.0 vorgesehene Pauschalverbot für den Selektivvertrieb allein bereits vom Hersteller ausgewählte, autorisierte Händler erfasste, denen Vorgaben für die Produktpräsentation und Kundenberatung gemacht werden durften. Der Hersteller kann hier im Einzelfall schon aufgrund der für den Selektivvertrieb gemachten Vorgaben gegen markenschädigende Verstöße vorgehen. Insgesamt erschien vor diesem Hintergrund das pauschale, sämtliche autorisierten Händler betreffende Verbot im Vertriebssystem 1.0 als zum Schutz des Markenimages nicht erforderliche und damit unverhältnismäßige Maßnahme.

Schließlich dürfte auch die Lösung eines etwaigen Trittbrettfahrerproblems das pauschale Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze im Vertriebssystem 1.0 nicht gerechtfertigt haben. Es kann zwar durchaus ein Bedarf bestehen, besondere Beratungsleistungen von vornehmlich stationär tätigen autorisierten Händlern gesondert zu vergüten. Hierfür ist aber nach Auffassung

des Bundeskartellamts das Verbot des Verkaufs über Online-Marktplätze kein geeignetes Mittel, denn ist es schon unklar, wie ein solches Verbot konkret zur Vergütung besonderer Beratungsleistungen beiträgt. Jedenfalls könnte ein Anbieter einem etwaigen Trittbrettfahrer-Problem in weniger einschneidender Weise begegnen, z. B. indem er von online tätigen Händlern zusätzlich den Betrieb eines Ladengeschäfts verlangt oder Händler für besondere Verkaufsanstrengungen finanziell unterstützt.

8. Beschwerdeverfahren

ASICS hat gegen die Entscheidung des Bundeskartellamtes Beschwerde zum OLG Düsseldorf eingelegt.