

La lettre d'information

N° 5 – 12 février 2013

Réseaux de distribution : confirmation de l'interdiction d'interdire la vente sur internet

Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2013, n°2008/23812, Pierre Fabre

Décision de l'Autorité de la Concurrence, 12 décembre 2012, n°12-D-23, Bang & Olufsen

L'actualité offre deux illustrations nouvelles de l'interdiction faite aux promoteurs de réseaux de distribution sélective d'interdire à leurs distributeurs la revente des produits par internet.

En premier lieu, dans le secteur des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, la Société Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques (PFDC) imposait contractuellement à ses distributeurs de « *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 [... et] titulaire 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 ».

Cette obligation empêchait de fait, les distributeurs de vendre les produits par internet, à peine de contrevenir à cette stipulation.

La Cour d'appel de Paris, après avoir interrogé la Cour de justice de l'Union européenne, décide que le fait pour le promoteur du réseau d'interdire aux distributeurs de vendre les produits sur internet :

- a un objet anticoncurrentiel
- n'est en rien justifié par des éléments objectifs
- ne saurait bénéficier d'une exemption individuelle.

L'argument selon lequel le conseil dans le cadre de la revente des produits doit être assorti de « *l'observation directe du client par un pharmacien* » est rejeté aux motifs qu'aucun élément n'établit que ce conseil ne puisse être organisé en ligne « *au travers, par exemple, d'une « hotline » destinée à assurer des conseils personnalisés par une personne diplômée en pharmacie* ». En outre, elle rejette l'argument de PFDC invoquant la validation, par la Commission européenne, de l'interdiction générale et absolue de la vente par correspondance eu égard au fait que « *la vente en ligne offre des possibilités de présentation et surtout d'interaction que ne permet pas la vente sur catalogue* ».

Ce faisant, PFDC est condamné à : « *supprimer, dans ses contrats de distribution sélective, toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution* ».

La lettre d'information

En second lieu, dans le secteur de la vente de produits électroniques grand public la société Bang & Olufsen a fait l'objet d'une décision de sanction de l'Autorité de la Concurrence le 12 décembre 2012, pour des faits similaires.

Une clause du contrat européen de distribution sélective liant la société Bang & Olufsen à ses distributeurs agréés stipulait en effet que « *La distribution de produits Bang & Olufsen par correspondance n'est pas autorisée* ». La clause ne visait donc pas expressément l'usage d'internet, internet n'existant pas lors de la rédaction du contrat. Le contrat était toutefois complété par une circulaire relative à la politique d'utilisation d'internet par les distributeurs, qui interdisait ce canal de distribution.

La société Bang & Olufsen arguait que les produits commercialisés « *nécessitent une installation et une programmation spécifique lié[s] au concept link* » qui consiste à relier les produits entre eux afin qu'ils puissent interagir, et que « *ces spécificités nécessitent un conseil adapté auprès du consommateur* », raison pour laquelle « *la médiation du revendeur paraît une absolue nécessité* ».

L'Autorité de la Concurrence rejette cette argumentation considérant que « *l'exclusion d'un canal de commercialisation limite unilatéralement la liberté commerciale des distributeurs agréés [...] alors que ce canal leur permettrait, s'ils avaient la possibilité d'y recourir, d'accéder à davantage de consommateurs* ». L'Autorité voit dans cette

interdiction une restriction de concurrence par l'objet, insusceptible de justification.

La société a été condamnée : (i) à une sanction pécuniaire de 900 000€ et (ii) à prévoir clairement au contrat que ses distributeurs sont libres de vendre par internet.

En conclusion, il ressort de ces décisions que, invoquer la nécessité d'un conseil personnalisé au client pour la revente du produit, lorsqu'il apparaît qu'un tel conseil pourrait être efficacement fourni par l'intermédiaire d'un site internet, ne constitue pas un motif suffisant pour interdire la revente par internet aux distributeurs.

La solution apparaît aujourd'hui définitive : dans un système de distribution sélective, les distributeurs doivent être libres de vendre à tous les utilisateurs finals, y compris sur internet. Cette liberté pourra toutefois être encadrée conformément aux pratiques admises par les autorités de concurrence.

■ Franchise : la rédaction des clauses de non-réaffiliation sous contrôle

Cour de cassation, Chambre commerciale, 18 décembre 2012, n°11-27.068

La clause de non-réaffiliation du franchisé à un réseau concurrent après la fin de son contrat se distingue en principe de la clause de non-concurrence. La première, contrairement à la deuxième, n'est pas sensée empêcher l'ex-franchisé d'exercer son activité, mais prohibe

La lettre d'information

simplement le fait d'adhérer à un réseau concurrent, voire de créer son propre réseau.

Aussi, en cas de contentieux, les juges sont, en principe, moins sévères sur la validité d'une telle clause. Toutefois, la clause de non-réaffiliation peut être assimilée par les juges à une clause de non-concurrence si elle aboutit aux mêmes effets.

En l'espèce, la Cour de cassation relève que *« l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi-systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés »*. De fait, la clause qui interdit de s'affilier à une enseigne de renommée nationale ou régionale et de vendre des produits dont les marques sont liées à ces enseignes, pendant un an et dans un rayon de cinq kilomètres *« mettait les ex-franchisés, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leurs fonds de commerce, [et] n'était pas proportionnées aux intérêts légitimes du franchiseur »* et est à ce titre annulée.

Pour être valable, la clause de non-réaffiliation doit être proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur, et ne doit pas empêcher l'ex-franchisé de poursuivre l'exploitation de son fonds de commerce dans des conditions économiquement rentables.

Approvisionnement exclusif : un approvisionnement « aux prix usuellement pratiqués auprès de clients de même nature » ne garantit pas les prix les plus bas

Cour d'appel de Montpellier, 11 décembre 2012, n°11/05139

La Cour d'appel rejette la demande d'un débit de boissons, à l'encontre de son fournisseur aux motifs que ce dernier pratiquait des prix plus avantageux auprès de ses concurrents directs malgré la clause de son contrat de distribution qui stipulait : *« Le prix de la fourniture est celui résultant de la libre concurrence, usuellement pratiqués avec des clients de même nature que la clientèle soit sous exclusivité ou libre d'engagement »*. Cette clause ne garantit pas au distributeur le bénéfice des prix les plus bas, mais uniquement de bénéficier des *« prix usuellement pratiqués »*, définis par la Cour comme *« les prix les plus communément appliqués aux revendeurs en situation de concurrence sur le marché [en cause] »*.

En conséquence, le fournisseur peut *« selon les termes mêmes de la clause, [...] pratiquer des tarifs différents selon les catégories de revendeurs, tenant compte de la zone de chalandise, de la nature de l'activité exercée, du volume des commandes et des conditions de vente ou d'approvisionnement »*.

Selon la Cour le distributeur ne pouvait donc se prévaloir d'une telle clause, car il ne rapportait pas la preuve de la disproportion par rapport aux prix *« les plus communément*

La lettre d'information

appliqués aux revendeurs en situation de concurrence sur le marché [en cause] », et du caractère « de clients de même nature » des établissements concurrents.

Sites comparateurs de prix et pratique commerciale déloyale

Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 décembre 2012, n°11-27.729

Une société exploitant un site de comparaison de prix proposait aux e-marchands de bénéficier, contre rémunération, d'un référencement prioritaire.

La Cour de cassation vient confirmer la Cour d'appel de Paris qui a retenu que la société « assurait de façon indirecte la promotion des produits ou services proposés par les e-marchands bénéficiant du référencement prioritaire et que, de ce fait, elle exerçait une activité de prestataire de service commercial et publicitaire ».

Elle ajoute que « l'absence d'identification claire du référencement prioritaire est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur qui est orienté d'abord vers des produits et offres des e-marchands payants et ne dispose pas ainsi de critères objectifs de choix », ce qui caractérise une pratique commerciale déloyale et trompeuse.

L'absence de démarche positive de la part du site comparateur de prix n'exclut pas la qualification de site publicitaire, et donc de

pratique commerciale déloyale et trompeuse dès lors que ce dernier exerce une activité de prestation de services tendant à favoriser le classement de certains e-marchands référencés.

Distribution sélective (vente de vin) : interdiction d'exclure la revente des produits par un canal de distribution (Grande Distribution)

Cour de cassation, Chambre commerciale, 18 décembre 2012, n°11-27.342.

Un producteur de vins a mis fin à un contrat de distribution le liant à un grossiste au motif que ce dernier avait revendu ses vins à des enseignes de la grande distribution, lesquelles ne figuraient pas dans l'une des catégories de revendeurs dont, en grande majorité, des revendeurs spécialisés tels que la grande restauration, les associations bachiques, gastronomiques et autres clubs œnophiles.

Le grossiste, victime de la rupture du contrat, arguait de l'illicéité du réseau de distribution sélective, lequel aboutissait de fait à exclure la grande distribution des revendeurs potentiels, et ce faisant sollicitait la réparation du préjudice subi au titre de la rupture brutale des relations.

Confirmant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation retient l'illicéité de ce réseau, au motif qu'il « excluait a priori les commerçants de la grande distribution, ce dont il résultait que les critères qualitatifs qu'elle appliquait n'avaient pas été fixés uniformément pour

La lettre d'information

tous les revendeurs potentiels » alors que « l'organisation d'un réseau de distribution sélective est licite à condition 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 ».

L'exclusion « a priori » d'un mode de distribution est illicite, elle ne peut résulter que d'une analyse au cas par cas de la situation des revendeurs potentiels relevant de ce mode de distribution, au regard des critères objectifs de nature qualitative, appliqués de façon non discriminatoire.

La rupture d'un contrat à durée déterminée non renouvelable par tacite reconduction n'est pas brutale

Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 novembre 2012, n°11-22.660

Une société de dépannage d'appareils électroménager était en relation commerciale avec un de ses clients depuis 18 ans. La relation n'avait dans un premier temps fait l'objet d'aucun contrat, avant de donner lieu à la signature d'un contrat à durée indéterminée suivi d'une succession de contrats à durée déterminée.

La société cliente rompt la relation en respectant un préavis d'une durée de 9 mois avant l'échéance du dernier contrat à durée déterminée, conclu pour 2 ans.

Le prestataire évincé assigne sur le fondement de la rupture brutale des relations commerciales établies (article L442-6, I, 5° du Code de commerce) la société auteur de la rupture, estimant le préavis de 9 mois insuffisant eu égard aux 18 ans de relations.

La Cour de cassation rejette sa demande au motif que : *« le dernier [contrat] d'une durée de deux ans venant à échéance le 31 décembre 2004 [était] non renouvelable par tacite reconduction, que [le prestataire] ne pouvait ignorer que ce contrat, à l'échéance, était susceptible soit de faire l'objet d'une nouvelle négociation, soit de ne pas être renouvelé ».*

En conséquence, le distributeur *« ne pouvait raisonnablement anticiper une continuité de la relation commerciale pour l'avenir »* et la rupture n'a été *« ni imprévisible, ni soudaine, ni violente ».*

Même si cette décision peut paraître critiquable, la stipulation d'un contrat à durée déterminée sans tacite reconduction, est donc susceptible de faire échapper une relation commerciale de longue durée au respect d'un préavis tenant compte de la durée totale de la relation.

La lettre d'information

KLYB'AGENDA

Revue

Participation à la rédaction de la « Lettre de la Distribution »

Manifestations

Le 26 mars 2013, Formation l'Entreprise Médicale, Paris, « *Achat des produits de santé par les cliniques : maîtriser le cadre de vos relations commerciales avec les centrales de référencement et leurs adhérents* »

Le 4 avril 2013, Formation l'Entreprise Médicale, Paris, « *Maîtriser les règles relatives aux négociations commerciales de produits pharmaceutiques pour sécuriser vos relations commerciales avec vos clients distributeurs (grossistes répartiteurs, dépositaires, officines, groupements d'officines)* »

Le 27 juin 2013, Formation l'Entreprise Médicale, Paris, « Rédaction de vos conditions générales de vente »

POUR TOUT RENSEIGNEMENT SUR LE PROGRAMME ET CONDITIONS DE PARTICIPATION A L'UNE DE CES MANIFESTATIONS, VOUS POUVEZ NOUS CONTACTER A contact@klybavocats.fr.

Karine BIANCONE & Aymeric LOUVET
Avocats associés

contact@klybavocats.fr

KLYB AVOCATS
97, Rue de Freyr
Parc Eurêka – Le Génésis
34 000 MONTPELLIER
Tel : 04 67 15 24 54
Port : 06 85 11 56 73
06 13 16 24 26