

REVUE LAMY

Droit de l'immatériel

**Dossier spécial « Comprendre et anticiper
la révolution numérique en assurance » 2017
(Robotisation, blockchain, assurance des risques....)**

Par David NOGUERO et Rodolphe BIGOT

- **Frais de blocage de sites contrefaisants mis à la charge des FAI**
Par Emmanuel DERIEUX
- **Distribution sélective et accès aux plates-formes : la Cour de cassation temporise
ou oriente les juges du fond ?**
Par Jean-Louis FOURGOUX
- **La CEDH encadre la surveillance des communications électroniques du salarié**
Par Brad SPITZ
- **Protection des sources d'information**
Par Emmanuel DERIEUX
- **Déchiffrer l'algorithme - La saga Admission post-bac (APB) se poursuit**
Par Juliette CROUZET
- **Données personnelles : sésame déterminant sur le marché de la publicité digitale**
Par Linda ARCELIN

142 | MENSUEL
NOVEMBRE 2017



Par Jean-Louis FOURGOUX

Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles
Réseau Gesica

→ RLDI 5088

Distribution sélective et accès aux plates-formes : la Cour de cassation temporise ou oriente les juges du fond ?

Que penser de la présente décision de la Cour de cassation qui a censuré l'arrêt rendu en référé par la Cour d'appel de Paris selon lequel l'interdiction de principe de recourir à des plateformes en ligne pour vendre ses produits cosmétiques est susceptible de constituer une restriction de concurrence caractérisée, exclue du bénéfice de l'exemption communautaire caractérisée visée à l'article L. 442-6 1 6° du Code de commerce ? Me Fourgoux nous livre son analyse.

Cass. com., 13 sept. 2017, n°16-15.067

L'arrêt rendu le 13 septembre dernier⁽¹⁾ est important car il semble donner l'avantage aux têtes de réseau en refusant de déclarer manifestement illicite une clause d'interdiction de vente sur des plates-formes tierces. Les premiers avis sur sa portée ont été partagés. Certains ont purement et simplement considéré que la censure de la Cour d'appel de Paris permettait de considérer que la clause dite de « plate-forme » était, sans aucune hésitation, licite : « de la liberté pour le fournisseur (...) d'interdire la commercialisation de ses produits sur une marketplace »⁽²⁾. Cette lecture engagée pourrait apparaître un peu trop partisane, d'autres commentaires sont d'ailleurs plus mesurés soulignant davantage l'attitude prudente de la Cour de cassation en estimant notamment que : « l'arrêt ne tranche pas encore la question de la licéité de la clause mais s'inscrit en faveur d'une prise de position favorable aux têtes de réseau »⁽³⁾. Cet arrêt, rendu aux vises des articles 873 du Code de procédure civile et L. 442-6 du Code de commerce, n'est d'ailleurs pas destiné aux honneurs de la publication et la censure n'est prononcée que pour absence de base légale⁽⁴⁾ et non pour violation de la loi...

Pour bien comprendre l'enjeu de cette décision, il faut se remémorer les faits et le contexte juridique. La société Caudalie commercialise ses produits cosmétiques par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective composé de pharmacies et parapharmacies. En 2007, sur pression du Conseil de la concurrence (qui s'était autosaisi des conditions de vente des produits de dermo-cosmétique sur internet⁽⁵⁾), le contrat de distribution sélective de Caudalie a été modifié pour permettre aux distributeurs agréés qui disposaient d'un point de vente physique de commercialiser les produits Caudalie par internet. Depuis cette date et les décisions *Pierre Fabre* (décision n° 08-D-25, 29 oct. 2008⁽⁶⁾ ;

ciété Caudalie, dont la licéité avait été admise par la décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 du Conseil de la concurrence, qui n'avait pas fait l'objet de révision » (nous soulignons).

(1) Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-15.067, *Caudalie c/ eNova Santé*.

(2) Villey H., Dauba F., *Actualités du droit*, 21 sept. 2017.

(3) Costes L., *Distribution sélective : Caudalie obtient gain de cause contre 1001 pharmacies*, *Actualités du droit*, 27 sept. 2017, Baudu I., *Distribution sélective et e-commerce : retour sur l'interdiction des distributeurs agréés de vendre sur les plateformes tierces*, *Actualités du droit*, 27 sept. 2017.

(4) « sans expliquer en quoi les décisions auxquelles elle se référerait étaient de nature à écarter l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant de l'atteinte au réseau de distribution sélective de la so-

(5) Décision n° 07-D-07, 8 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, acceptant l'engagement de 10 sociétés dont Caudalie ; Arhel P., *Distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques*, RLDC, n° 18, janv.-mars 2009, Chagny M., *Il est interdit d'interdire le commerce en ligne à ses revendeurs agréés*, *Comm. com. élect.*, n° 12, déc. 2008, Claudel E., *Vente par Internet : le Conseil de la concurrence accepte les engagements de fabricants de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle*, *Concurrences*, 2-2007, p. 102, Fourgoux J.-L., *Le Conseil de la concurrence obtient un assouplissement de la distribution sur Internet des produits cosmétiques*, *D.* 2007, p. 2209.

(6) Manara C., *Qui veut la peau de la revente en ligne ? La distribution sélective de cosmétiques sur internet*, *D.* 2008, p. 2862.



CA Paris, 29 oct. 2009⁽⁷⁾ ; CJUE, 13 oct. 2011⁽⁸⁾ ; CA Paris, 31 janv. 2013⁽⁹⁾, il a été clairement jugé que les distributeurs agréés ne pouvaient se voir interdire de revendre sur internet mais devaient respecter les critères qualitatifs y compris pour la vente en ligne. Mais, en 2007, le Conseil de la concurrence n'avait pas imposé aux fournisseurs de contracter avec des *pure players* n'ayant pas de point de vente. La question devait bien finir par se poser en raison du développement de ces plates-formes.

La société eNova Santé propose à ses adhérents pharmaciens la revente de leurs produits sur une plate-forme en ligne (*marketplace*) dénommée « 1001 Pharmacies » et les produits de la marque Caudalie sont apparus sur cette plate-forme. Caudalie, considérant ce mode de vente contraire à la distribution sélective de ses produits dermo-cosmétiques, forte de la décision de 2007 du Conseil de la concurrence, a fait assigner, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 6°, du Code de commerce, la société eNova en référé pour, notamment, lui faire interdire la vente de ses produits. Par ordonnance en date du 31 décembre 2014, le président du Tribunal de commerce de Paris a enjoint à eNova de cesser la commercialisation des produits Caudalie, de supprimer tout référencement et tout lien faisant référence aux gammes de produits Caudalie et de supprimer toute reproduction de photos et de descriptifs appartenant à Caudalie.

La plate-forme 1001 Pharmacies a interjeté appel de cette décision en soutenant principalement que le réseau sélectif de Caudalie enfreignait les règles du droit de la concurrence, en interdisant par principe le recours à la vente en ligne par le biais de *marketplaces* telles que celle proposée par la société eNova Santé.

Caudalie soutenait pour sa part que la vente de ses produits *via* la plate-forme constituait une violation de son réseau sélectif, eNova Santé ne faisant pas partie de son réseau de distribution par internet. Elle précisait qu'eNova Santé ne pouvait revendiquer le statut de simple hébergeur puisqu'elle jouait un rôle actif dans la

vente des produits cosmétiques pour laquelle elle percevait une rémunération distincte du forfait dû pour l'hébergement du site.

La Cour d'appel de Paris⁽¹⁰⁾ a fait droit à la thèse de la plate-forme et dit n'y avoir lieu à référé aux motifs que Caudalie n'avait pu établir la licéité de son réseau alors qu'elle avait accepté d'autoriser la vente de ses produits en ligne sur le site des distributeurs, dans le cadre de la décision d'engagements (Conseil de la concurrence, 8 mars 2007) et n'avait pas explicité cette exclusion de principe, en se contentant de simplement discuter des conditions requises en vertu du règlement d'exemption (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 sur les accords verticaux.

La Cour avait alors jugé que l'interdiction était susceptible de constituer une restriction de concurrence caractérisée, dès lors que Caudalie n'avait pas présenté une justification objective rendant manifestement licite son réseau de distribution sélective par internet.

La Cour de Paris a fondé son analyse sur deux décisions plus récentes de l'Autorité de la concurrence du 23 juillet 2014 (relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs⁽¹¹⁾) et du 24 juin 2015⁽¹²⁾, un communiqué de presse du 18 novembre 2015 de l'Autorité (relative au réseau Adidas), qui faisait état de la suppression des clauses de prohibition de principe dans les contrats de distribution sélective, ainsi que d'une consultation d'un universitaire produite par la société eNova Santé.

La Cour de cassation a cassé l'arrêt, à la suite du pourvoi formé par la société Caudalie. Les juges ont estimé que les motifs avancés par la Cour d'appel de Paris, pour considérer que la motivation retenue que l'interdiction de recours à un site de *marketplace* en ligne était susceptible de constituer une restriction de concurrence caractérisée, manquaient de base légale.

Cette affirmation rejoint le fait qu'à cette date, aucune décision de l'Autorité de la concurrence, de la Commission ou de la Cour de justice n'a estimé qu'une interdiction de vendre sur une plate-forme constituerait une restriction caractérisée par objet au sens de l'article 4 du règlement n° 330/2010.

Certes, l'Autorité de la concurrence a été saisie le 7 décembre 2015 par eNova de la licéité du réseau de Caudalie et, le 19 avril 2016, la Cour d'appel de Francfort a posé une question préjudicielle à la Cour de justice dans le cadre de l'affaire *Coty* (aff. C-230/16, *Coty Germany GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH*), qui rendra sa décision fin 2017. L'Avocat général Nils Wahl a déposé ses

(7) Claudel E., Distribution sélective et vente en ligne : où la cour d'appel de Paris n'apparaît pas d'évidence convaincue par l'interdiction d'interdire, RTD com. 2010, p. 81, Chagny M., L'interdiction de la vente en ligne aux revendeurs agréés devant la cour d'appel de Paris : la position de la Commission européenne en attendant celle de la Cour de justice, Comm. com. électr., déc. 2009, comm. 113.

(8) Ferrier D., Un distributeur sélectionné doit, en principe, pouvoir commercialiser les produits sur Internet, JCP G, 19 déc. 2011, n° 51, comm. 1430, Idot L., Distribution sélective et Internet, Europe déc. 2011, p. 31-32, Vilmart C., Distribution sélective des produits cosmétiques Pierre Fabre et Internet, la CJUE fait une réponse tautologique, JCP E, 24 nov. 2011, n° 47, p. 28-35, Distribution sélective sur Internet, RLDA 2011/65, p. 44-45, Lesquins J.-L., Ferchiche L., Exemplarité de l'interdiction des ventes sur Internet, l'état se resserre, RLDA 2013/91, p. 52, Decocq G., Pierre Fabre devra vendre ses produits en ligne, Contrats, conc., consom., n° 3, mars 2013, p. 27-28, Sélinsky V., Les distributeurs agréés à la vente en ligne, derniers développements, RLDC n° 35 p. 23-25, RJDA 5/13 mai 2013, n° 455.

(9) Chagny M., Il est encore et toujours interdit d'interdire la vente en ligne aux distributeurs agréés, Comm., com. électr., n° 7-8, juill.-août 2013, p. 39-40, Costes L., Vente en ligne et distribution sélective, la Cour d'appel de Paris met fin à la saga judiciaire de Pierre Fabre, RLDI 2013/91, p. 52, Decocq G., Pierre Fabre devra vendre ses produits en ligne, Contrats, conc., consom., n° 3, mars 2013, p. 27-28, Sélinsky V., Les distributeurs agréés à la vente en ligne, derniers développements, RLDC n° 35 p. 23-25, RJDA 5/13 mai 2013, n° 455.

(10) CA Paris, pôle 1, ch. 3, 2 févr. 2016, n° 15/01542 ; Malaurie-Vignal M., Un autre regard sur les plateformes électroniques dans leurs relations avec la distribution sélective, Contrats, conc., consom., n° 4, avr. 2016, Distribution sélective, la vente hors réseau, *via* une plateforme internet, ne constitue pas un trouble manifeste illicite, RLDC 2016/50, Distribution sélective et ventes sur Market Places, le buzz serait-il source de droit, Lettre de la distribution, mars 2016.

(11) Décision n° 14-D-07, 23 juill. 2014 ; Les ventes en ligne sur les sites de marketplace doivent-elles faire l'objet de conditions d'agrément spécifiques, Lettre de la distribution, sept. 2014.

(12) Décision n° 15-D-11, 24 juin 2015 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs.

conclusions dans cette affaire le 26 juillet dernier, suggérant à la Cour de juger que la clause d'un fournisseur (en l'occurrence la société Coty) interdisant à ses distributeurs de vendre des produits sur une *marketplace* ne constitue pas une restriction de la clientèle du détaillant, ni une restriction des ventes aux utilisateurs finaux (aff. C-230-16). Cette analyse du règlement n° 330/2010 et de l'article 101 du TFUE reprend celle des conclusions à l'orientation de la Commission européenne qui dans son rapport à la suite de l'enquête sectorielle sur la vente par internet⁽¹³⁾. L'Avocat général pour asseoir ses conclusions cite les résultats de l'enquête de la Commission selon lesquelles « à ce stade de l'évolution du commerce électronique, les boutiques en ligne propres aux distributeurs constituent le canal de distribution privilégié de la distribution sur Internet. Ainsi, nonobstant l'importance croissante des plateformes tierces dans la commercialisation des produits des détaillants, l'interdiction faite aux distributeurs agréés de recourir de façon visible à ces plateformes ne saurait, en l'état actuel de l'évolution du commerce électronique, être assimilée à une interdiction totale ou à une limitation substantielle de la vente par Internet »⁽¹⁴⁾.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation en septembre 2017 est ainsi une solution conservatoire qui préserve les principes fondamentaux de la distribution sélective et la charge de la preuve du caractère illicite des contrats de distribution et s'inscrit dans une orientation plutôt favorable aux réseaux.

L'affaire, qui est loin d'être terminée, sera examinée par la Cour de Paris autrement composée, à la lumière de la réponse de la Cour de justice dans l'affaire Coty et alors même que la Commission a nuancé son approche en faveur des *marketplaces* en ajoutant une menace de retrait au cas par cas du bénéfice de l'exemption dans son rapport car « cela ne signifie pas pour autant que les interdictions absolues d'utiliser des places de marché sont généralement compatibles avec les règles de concurrence de l'UE »⁽¹⁵⁾.

Une chose est donc sûre : ces hésitations traduisent bien les insuffisances du règlement d'exemption n° 330/2010 qui ne traite pas explicitement des spécificités de la vente sur internet... ■

(13) Rapport final de la Commission relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, 10 mai 2017, com(2017) 229 final ; Choné A.-S., Concurrences, 3-2017, n° 84463, p. 66-69, Prieto C., RDC, sept. 2017, p. 509.

(14) Concl. Av. gén. N. Wahl, pt 111.

(15) Rapport 10 mai 2017, pt 43.