

Arrêt en date du 29-10-2009

COUR D'APPEL DE PARIS

POLE 5 CHAMBRE 5-7

ECEC0926335X

Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (SAS) c. Président de l'Autorité de la concurrence
Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi

Composition

Président

M. Magendie

Président de chambre

M. Fossier

Conseiller

M. Remenieras

Avoué

SCP Gerigny-Freneaux

Avocat

Me Philippe

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

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

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

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

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

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

Selon le Conseil (Point 10 de la décision), s'il est encore trop tôt pour mesurer l'évolution des ventes sur Internet des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, les grandes marques de luxe dans le domaine de la parfumerie, de la joaillerie ou des accessoires ont récemment développé en France ou à l'étranger, leurs propres sites de vente sur Internet. Ce développement récent s'appuie sur le constat que "le cœur de clientèle" des marques hauts de gamme achète massivement sur Internet.

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

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

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

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

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

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

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

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

"Les accords restrictifs de concurrence peuvent restreindre la concurrence par leur objet ou par leurs effets, la démonstration de l'objet anticoncurrentiel dispensant de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels (Cour de justice, 30 juin 1966, Société technique minière : 17 juillet 1997, Ferrière Nord [...]). Les accords comportant des "restrictions caractérisées" au sens du règlement (CE) n° 2790-99 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, sont exclus de l'exemption par catégorie prévue par ce texte, mais peuvent, s'ils apportent une contribution suffisante au progrès économique, bénéficier d'une exemption individuelle, dans les conditions définies au paragraphe 3 de l'article 81 du traité ou à l'article L. 420-4 du Code de commerce".

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

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

Selon l'article 23 des lignes directrices précitées, "(...). En règle générale, la Commission

considère comme restrictions par objet celles qui sont interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou sont définies comme étant des restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications. (...)

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

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

Le règlement classe en particulier, parmi les restrictions emportant la non-application de l'exemption par catégorie aux accords verticaux, "les restrictions des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé" (point c)."

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

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

- a constaté que les contrats de distribution sélective signés entre PFDC et ses distributeurs prévoient que la vente de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sera exclusivement effectuée au sein d'un espace physique, en présence d'un docteur en pharmacie, ce qui interdit en effet la vente par Internet :

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

- a également relevé que l'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre les produits du groupe Pierre Fabre par Internet prive ceux-ci de la faculté de prospecter les clients par

l'envoi de messages ou de satisfaire à des demandes non sollicitées adressées sur leur site et que cette pratique équivaut de la sorte à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs :

- a décidé que l'interdiction de vente sur Internet qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation de concurrence inhérente au choix même d'un système de distribution sélective par le fabricant, qui limite le nombre de distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de vendre ces biens à des distributeurs non agréés :

- se référant au point 53 des lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (2000-C 291-01), a recherché, la part de marché des produits Pierre Fabre étant inférieure à 30 %, si la pratique restrictive de concurrence est exemptable par catégorie, ce qui nécessite qu'elle ne comporte pas de restriction caractérisée et a décidé que bien que la pratique d'interdiction de vente par Internet ne soit pas expressément visée dans le règlement communautaire, elle équivaut à une interdiction de ventes actives et passives et qu'en conséquence, pratiquée au sein d'un réseau de distribution sélective, elle constitue en vertu du c) de l'article 4 du règlement une restriction caractérisée, qui ne peut bénéficier de l'exemption automatique du règlement.

PFDC avait notamment objecté :

- que l'animateur d'un réseau conserve le droit d'interdire des ventes par un distributeur agréé "à partir d'un lieu d'établissement non autorisé" afin que les critères posés par le réseau ne sont pas contournés, en concluant que l'interdiction de vendre sur Internet est précisément couverte par cette exception, Internet étant en l'occurrence un établissement non autorisé puisque virtuel :

- que si l'interdiction de vente sur Internet était une restriction caractérisée au sens du règlement, aucune justification ne serait admise dans les lignes directrices de la Commission, au stade de l'examen des conditions du paragraphe 1 de l'article 81 du traité CE : or au point 51, ces lignes directrices précisent que "l'interdiction catégorique de vendre sur Internet n'est admissible que si elle est objectivement justifiée",

- qu'à supposer même l'interdiction de vente sur Internet soit constitutive d'une pratique restrictive caractérisée, il incomberait à l'autorité de concurrence de démontrer l'objet ou l'effet de la pratique grâce à un examen individuel de la pratique que le rapporteur n'aurait pas effectué en l'espèce,

- que, compte tenu du maillage exceptionnel et homogène constitué par les points de vente physique des distributeurs, tous les consommateurs ont accès aux revendeurs PFDC et qu'ainsi, la pratique est dépourvue de tout effet sur la concurrence intra-marque.

Le Conseil a ainsi répondu à ses objections :

- "(...) Il convient de noter qu'un site Internet n'est pas un lieu de commercialisation mais un moyen de vente alternatif utilisé, comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance, par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques. (...) Cette position étant confortée par le paragraphe 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales (...)" En outre, dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer la localisation de ses locaux commerciaux. Ainsi, il peut être interdit aux distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité

dans des locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. Si le point de vente du distributeur est mobile (point de vente aménagé dans un véhicule) une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile" (...).

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

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

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

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

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

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

Article 3 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre dermo-cosmétique de supprimer, dans ses contrats de distribution sélective, toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision. (...)

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

Article 5 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre dermo-cosmétique, si elle juge opportun

d'encadrer la construction de ses sites Internet de son réseau de distribution en prévoyant des critères de présentation ou de configuration des sites, d'en informer le Conseil de la concurrence, sous pli recommandé adressé au bureau de la procédure, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

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

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

LA COUR,

Vu le recours en annulation et, subsidiairement, en réformation de la décision du Conseil formé le 24 décembre 2008 par la société PFDC :

Vu le mémoire déposé le 28 janvier 2009 par la société PFDC, soutenu par son mémoire en réplique, déposé le 15 juillet 2009 :

Vu les observations écrites de l'Autorité de la concurrence, déposées le 1er avril 2009, ainsi que ses observations complémentaires, déposées le 30 juin 2009 :

Vu les observations écrites de la Commission des Communautés européennes, déposées le 15 juin 2009 en application de l'article 15, paragraphe 3, du Règlement n° 1-2003 :

Vu la lettre datée du 24 mars 2009 du ministre chargé de l'Economie, dans laquelle il informe la cour qu'il n'entend pas user de la faculté de présenter des observations écrites :

Vu les observations écrites du Ministère public, mises à la disposition des parties avant l'audience :

Oùï à l'audience publique du 10 septembre 2009, en leurs observations orales, la requérante qui a été en mesure de répliquer et a eu la parole en dernier, ainsi que le représentant de l'Autorité de la concurrence, le représentant du ministre chargé de l'Economie et le Ministère public :

Sur ce,

Sur les moyens de la société Pierre Fabre dermo-cosmétique

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

* tout d'abord, d'un défaut de motivation en ce qui concerne la qualification de l'objet anticoncurrentiel, dès lors que le Conseil n'a pas indiqué en quoi la pratique avait un objet anticoncurrentiel en procédant à une analyse in concreto de son objet ou de son effet et en se bornant à se référer aux lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité CE alors que, compte tenu de la "rédaction générale et incertaine" de ces lignes directrices, le Conseil était tenu d'exposer en détail les raisons pour lesquelles il considérait la pratique anticoncurrentielle par son objet : que cette situation résulte de ce que la notification de griefs entendait démontrer que le simple fait que la pratique n'était pas couverte par le règlement d'exemption verticale n° 2790-1999 entraînait

ipso facto son caractère anticoncurrentiel alors que ce règlement qui est uniquement un règlement d'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité qui détermine quelles pratiques, si jamais elles sont jugées anticoncurrentielles, doivent être automatiquement exemptées, ne saurait se prononcer sur l'applicabilité de l'article 81 paragraphe 1 et donc sur l'existence d'une atteinte à la concurrence :

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

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

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

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

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

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

- ni la pratique sanctionnée ni les accords de distribution sélective n'ont un tel objet, le but poursuivi étant non de restreindre le jeu de la concurrence mais, à l'opposé, de garantir le niveau de service adéquat aux consommateurs : qu'en effet, en imposant la présence d'un diplômé en pharmacie dans le point de vente ses accords de distribution sélective visent seulement à permettre au client de demander et d'obtenir à tout moment l'avis d'un spécialiste sur le choix le plus adéquat des produits Pierre Fabre, impliquant une observation directe de la peau et du cuir chevelu du client, étant de surcroît précisé que ses produits sont des produits "haut de gamme" se caractérisant souvent par une haute technicité : qu'une telle garantie d'un haut niveau de service rendu aux consommateurs résultant des conseils donnés par un spécialiste ne peut pas être assurée de manière équivalente et avec le même niveau de qualité lors d'une vente sur Internet :

- la qualification en infraction per se de la pratique sanctionnée s'inscrit à contre-courant de l'évolution générale du droit de la concurrence, la jurisprudence de la CJCE s'opposant à l'existence même d'infractions per se et imposant au contraire une motivation individuelle, au cas par cas, du caractère anticoncurrentiel de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel d'une pratique qui doit nécessairement être analysée dans son contexte juridique et économique :

- la pratique décisionnelle du Conseil, qui a déjà décidé qu'une interdiction de vente sur Internet ne constituait pas une restriction caractérisée au sens de droit de la concurrence

s'oppose à la qualification en infraction par objet et a fortiori en infraction per se :

- même s'il est vrai qu'une pratique peut être anticoncurrentielle soit par son objet, soit par ses effets, la décision attaquée s'est dispensée de procéder à une analyse de l'effet anticoncurrentiel de la pratique poursuivie alors pourtant que, bien que n'ayant pas la charge de la preuve de l'absence d'effets de l'interdiction de vendre en ligne de ses produits, elle avait pu établir que l'interdiction de vente sur Internet n'avait aucun effet perceptible sur le marché :

- la décision critiquée lui a refusé la possibilité de légitimer la pratique anticoncurrentielle mise en œuvre par des justifications objectives alors que le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales dispose que : "l'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée" et que contrairement à ce qui est énoncé dans la décision (point...), le paragraphe 51 des lignes directrices de la Commission sur lesquelles elle s'appuie, n'est pas réservé à la distribution exclusive :

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

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

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

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

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

"Le droit communautaire de la concurrence et en particulier l'article 81 CE, permet-il qu'une interdiction de vente sur Internet opposée à des distributeurs membres d'un réseau de

distribution sélective soit considérée comme nécessairement anticoncurrentielle, sans qu'il soit nécessaire d'analyser in concreto l'objet et l'effet de cette pratique et d'examiner ni cette pratique pourrait être objectivement justifiée ?" :

Sur le marché pertinent

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

Sur l'affectation du commerce intracommunautaire

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

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

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

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

Qu'en ce qui concerne, en second lieu, le caractère sensible de cette affectation du commerce intracommunautaire, le Conseil rappelle justement que le point 53 des lignes directrices précitées énumère les deux seuils alternatifs au-delà desquels un accord est présumé affecter sensiblement le commerce entre Etats membres : la part de marché totale des parties sur le marché communautaire en cause affecté par l'accord excède 5 % ou, dans le cas d'accords verticaux, le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans la Communauté par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord excède 40 millions d'euro, ce seuil étant calculé selon le paragraphe 54 des lignes directrices, sur la base des ventes totales hors taxes réalisées dans la Communauté, durant l'exercice écoulé, par l'entreprise en cause avec les produits concernés par l'accord :

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

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

Considérant qu'au regard de la possibilité d'affectation sensible du commerce intra-communautaire, le Conseil, dont la décision n'est pas non plus critiquée de ce chef, était en droit d'examiner la licéité du système de distribution sélective mis en place par PFDC dans le cadre duquel s'inscrivent les pratiques incriminées non seulement sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce, mais aussi de l'article 81 du traité CE :

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

Que le paragraphe 3 de l'article 81 du traité précise toutefois que "les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises (...) qui contribue(nt) à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs :

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence" :

Que l'article 4(c) du règlement n° 2790-1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dispose :

"L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet :

c) les restrictions des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé" [...] :

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

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

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

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

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

Qu'il est vrai que le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales mis en avant par la requérante dispose que : "l'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée" :

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

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

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

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

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

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

"Toutefois, certaines restrictions peuvent, dans certains cas, ne pas entrer dans le champ

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

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

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

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

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

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

Que la Commission estime que l'utilisation de l'Internet ne peut pas être assimilée exactement à l'ouverture d'un point de vente physique dans un lieu d'établissement non autorisé par le fournisseur et que cette possibilité prévue par le règlement ne saurait être utilisée pour contourner la règle selon laquelle l'interdiction de vendre en ligne est une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81(1) CE qui ne bénéficie pas d'une exemption par catégorie : que l'examen des justifications d'une telle interdiction relève de l'appréciation au cas d'espèce au regard de l'article 81(3) CE en vue d'obtenir une exemption individuelle :

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

Que cependant cela ne signifie pas que les restrictions caractérisées sont interdites per se par le droit communautaire de la concurrence : qu'il n'est pas nécessairement exclu que la restriction puisse remplir les quatre conditions cumulatives relatives à l'exemption

individuelle au titre de l'article 81(3) CE et ainsi bénéficiaire de cette exemption, étant précisé qu'en vertu de l'article 2 du règlement (CE) n° 1-2003 la charge de la preuve que les quatre conditions sont remplies repose sur l'entreprise qui invoque le bénéfice de l'exemption :

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

Sur l'utilité d'un renvoi préjudiciel

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

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

Que, dès lors, dans le silence du règlement n° 2790-1999 sur l'interdiction de la vente en ligne et au regard du caractère sérieux des moyens soulevés par la société PFDC, se pose la question de savoir si l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790-1999 mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 paragraphe 3 du traité CE :

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

Sur la demande de révocation du sursis à exécution

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

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

Par ces motifs, Renvoie à la Cour de justice des Communautés européennes aux fins de dire si l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 1 du traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790-1999 mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 paragraphe 3 du traité CE : Sursoit à statuer sur le

recours de la société PFDC jusqu'à la décision de la Cour de justice, Déclare irrecevable la demande de révocation du sursis de l'exécution des injonctions prononcées à l'encontre de la société PFDC décidé par l'ordonnance du 18 février 2009 du magistrat délégué, Réserve les dépens. Dit qu'une expédition de l'arrêt ainsi qu'une copie du dossier de l'affaire seront transmis à la Cour de justice des Communautés européennes sous pli recommandé. Dit également qu'une expédition de l'arrêt sera transmise à la Commission des Communautés européennes.