

ORIGINAL



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 11 juin 2009
JURM (2009) 4123 ABo/XL/GIP

A MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES

DE LA COUR D'APPEL DE PARIS

POLE 5 – CHAMBRE 5-7

**OBSERVATIONS DE LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
EN APPLICATION DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3 DU RÈGLEMENT N° 1/2003**

représentée par ses agents, Messieurs André Bouquet, Eric Gippini-Fournier et Xavier Lewis, membres de son Service juridique,

dans l'affaire RG 2008/23812

recours introduit par la société **Pierre Fabre Dermo-Cosmétique**, ayant comme avoué Mme. Anne-Laure Gérigny-Fréneaux, et comme avocat Maître Jérôme Philippe, avocat Cabinet Freshfields Bruckhaus Derringer

- partie requérante -

en présence du

Conseil de la Concurrence, ayant comme agents Mmes. Laure Gauthier-Lescop et Irène Luc

et du

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

- autres parties à la procédure -

tendant à obtenir l'annulation de la décision n° 08-D-25 du Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008.

INTRODUCTION.....	3
1. SUR LA PROCEDURE ET LA DEMANDE D'INTERVENIR DE LA COMMISSION AU SENS DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3 REGLEMENT (CE) N° 1/2003	3
2. SUR L'APPLICATION COHERENTE DE L'ARTICLE 81 DU TRAITE CE.....	5
2.1. L'applicabilité de l'article 81, paragraphe 1 du traité CE à l'exclusion des ventes en ligne par les distributeurs sélectifs	5
2.2. L'application de l'exemption par catégorie du Règlement (CE) n° 2790/1999	8
2.3. La possibilité d'application individuelle de l'article 81, paragraphe 3 du traité CE	8
3. SUR LA POSSIBILITE DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES	9
CONCLUSIONS.....	10

INTRODUCTION

1. Dans la présente affaire la Commission des Communautés européennes (la Commission), considérant que l'affaire soulève des questions d'application cohérente du droit communautaire de la concurrence dans le domaine des ventes en ligne, a souhaité soumettre des observations en application de l'article 15, paragraphe 3 du Règlement (CE) n° 1/2003¹ afin d'assister la Cour dans son jugement.

1. SUR LA PROCEDURE ET LA DEMANDE D'INTERVENIR DE LA COMMISSION AU SENS DE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 3 REGLEMENT (CE) N° 1/2003

2. La Commission a été informée de la présente affaire devant la Cour et a considéré que l'affaire soulève d'importantes questions de principe et d'interprétation, susceptibles d'influencer la mise en œuvre cohérente des règles de concurrence communautaires.

3. La Commission a compris que si le Conseil de la concurrence (à présent l'Autorité de concurrence) est en mesure de déposer des observations sur les recours introduits contre ses décisions, il n'est pas pour autant la partie défenderesse dans la procédure ou assimilé à la partie défenderesse. Ainsi l'Autorité de concurrence ne semble pas avoir le droit de faire un pourvoi en cassation. Dans ces circonstances, en pratique, le recours contre une décision de Conseil de la concurrence ou de l'Autorité de la concurrence pourrait bien être considéré comme une procédure en dernière instance.²

4. La Commission a pris note du fait que par Ordonnance du 18 février 2009 la Cour a sursis à l'exécution des injonctions de la décision contestée.

¹ 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, Journal Officiel des Communautés européennes (ci-après JO) L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

² A cet égard la Commission attire l'attention de la Cour à une procédure préjudicielle sur la position des autorités de concurrence dans les procédures nationales de recours, qui est pendante devant la Cour de Justice suite à un renvoi par la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire VEBIC (Affaire C-439/08, , JO C 313 du 6 décembre 2008, page 19), dans laquelle la Commission a insisté sur l'importance du principe d'effectivité.

5. Dans ces circonstances la Commission a souhaité déposer ses observations, en application de l'article 15, paragraphe 3 du Règlement (CE) n° 1/2003.³ Cette disposition est libellée comme suit :

« Article 15

Coopération avec les juridictions nationales

1. Dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 du traité, les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence.

2. Les États membres transmettent à la Commission copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Cette copie est transmise sans délai lorsque le jugement complet est notifié par écrit aux parties.

3. Les autorités de concurrence des États membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales.

Afin de leur permettre de préparer leurs observations, et à cette fin uniquement, les autorités de concurrence des États membres et la Commission peuvent solliciter la juridiction compétente de l'État membre afin qu'elle leur transmette ou leur fasse transmettre tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire.

4. Le présent article est sans préjudice des pouvoirs plus étendus que le droit national confère aux autorités de concurrence des États membres de présenter des observations aux juridictions.

[...]. »

6. Par conséquent par lettre du 12 mai 2009 la Commission a sollicité un délai pour déposer ses observations. Par Ordonnance Modificative du 15 mai 2009, la Cour a fixé ce délai au 15 juin 2009.

7. Par son « intervention » au titre de l'article 15, paragraphe 3 Règlement (CE) n° 1/2003 la Commission ne se voit pas comme une « partie intervenante » au sens procédural du terme, qui est appelé à soutenir les conclusions de l'une ou l'autre des parties principales au litige, mais plutôt

³ 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 du 4 janvier 2003, p. 1.

comme *amicus curiae* dont le rôle est d'éclairer et assister, de façon objective, la juridiction nationale qui est saisie d'une affaire soulevant des questions d'application des règles de concurrence communautaires. Partant, la Commission s'efforcera d'assister la Cour sur l'application et l'interprétation des dispositions applicables ainsi que sur la pratique décisionnelle pertinente, mais elle s'abstiendra de conclure à l'appui des conclusions de l'une ou l'autre des parties. Ceci étant, il va de soi que l'interprétation soutenue par la Commission ou la pratique décisionnelle dont la Commission fait part, peut aller dans le sens des thèses soutenues par l'une partie plutôt qu'une autre.

2. SUR L'APPLICATION COHERENTE DE L'ARTICLE 81 DU TRAITE CE

2.1. L'application de l'article 81, paragraphe 1 du traité CE à l'exclusion des ventes en ligne par les distributeurs sélectifs

8. La Commission considère que l'interdiction générale de vendre en ligne imposée par le fournisseur à ses distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective est une restriction caractérisée de la concurrence.

9. L'article 4(c) du Règlement n° 2790/1999⁴ (ci-après "le Règlement") 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) 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;

[...]."

10. Le point 53 des Lignes directrices sur les restrictions verticales⁵ (ci-après "les Lignes directrices"), interprète cette disposition comme suit :

⁴ 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 du 29 décembre 1999

⁵ *Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales*; JO C 291 du 13 octobre 2000

"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 aussi être libre de faire de la publicité et de vendre via internet. La distribution sélective peut être combinée avec une distribution exclusive sous réserve que les ventes actives et les ventes passives ne soient nulle part limitées. Le fournisseur peut donc s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur ou un nombre limité de distributeurs sur un territoire donné."

11. Par conséquent, 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(1) CE, quelle que soit la part de marché détenue par le fournisseur⁶ (voir en ce sens les points 51 et 53 des Lignes directrices). 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 caractérisée⁷.

12. La Commission a appliqué à plusieurs reprises les règles sus mentionnée dans sa pratique décisionnelle. C'est ainsi qu'avant l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 - quand la Commission seule avait le pouvoir d'octroyer une exemption individuelle au titre de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE - la Commission s'est opposée dans deux affaires à l'inclusion dans un système de distribution sélective d'une clause qui consistait à interdire aux distributeurs agréés de vendre en ligne les produits contractuels⁸. Les entreprises en cause ont reçu une lettre administrative de compatibilité ("*comfort letters*") après avoir éliminé les clauses litigieuses de leurs accords de distribution, considérées par la Commission comme des restrictions caractérisées de la concurrence.

⁶ C'est ainsi que les restrictions caractérisées ne peuvent pas bénéficier de la *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 81, paragraphe 1, du traité CE (de minimis)*, JO C 368 du 22 décembre 2001, point 11

⁷ Bien que la question de la qualification de la vente en ligne comme vente passive ou active ne soit pas pertinente dans le cas de la distribution sélective, il est utile de rappeler que selon le point 51 des Lignes directrices les ventes en ligne sont considérées en principe comme des ventes passives à moins que le site web soit clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu les clients exclusivement concédées à un autre distributeur.

⁸ Voir les affaires *Yves Saint-Laurent* (Déc. Comm. CE, 17 mai 2001, affaire n° COMP/36.533, *Yves Saint-Laurent* ; Communiqué CE n° IP/01/713 du 17 mai 2001) et *B&W Loudspeakers* (Déc. Comm. CE, 24 juin 2002, aff. n° IV/C-3/37.709, *B&W Loudspeakers Ltd* ; Communiqué CE n° IP/00/1418, 6 décembre 2000)

Dans une autre affaire, la Commission a sanctionné une entreprise qui exigeait de ses distributeurs à demander son autorisation avant l'exportation des produits contractuels via Internet⁹.

13. Il est vrai que le point 51 *in fine* des Lignes directrices indique que l'interdiction catégorique de vendre sur Internet n'est admissible que si elle est "objectivement justifiée". 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 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". (C'est nous qui soulignons)

14. 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 autre considération liée à la protection de l'ordre public. 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.

15. Au contraire, si la distribution des produits contractuels n'est pas réglementée, la Commission estime que c'est seulement dans des circonstances très exceptionnelles qu'une justification objective d'une restriction caractérisée pourra être avancée. 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 de l'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 [Note en bas de page omise]. 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

⁹ Voir l'affaire n° COMP/37.975 PO/Yamaha du 16 juillet 2003, points 107-110.

moins restrictif n'aurait pas été conclu par des 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 " (C'est nous qui soulignons)

16. 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. 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 paragraphe 3 du Traité CE en vue d'une exemption individuelle.

2.2. L'inapplicabilité de l'exemption par catégorie du Règlement (CE) n° 2790/1999

17. Selon la Commission, 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.

18. 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.). A 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". (C'est nous qui soulignons).

19. 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. 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. L'examen des justifications d'une telle interdiction relèvent de l'appréciation du cas d'espèce au regard de l'article 81(3) CE en vue d'obtenir une exemption individuelle.

2.3. La possibilité d'obtenir une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3 du traité CE

20. N'étant pas informée en détail, pièces à l'appui, des faits de l'espèce et de toutes les considérations juridiques et économiques qui ont été discutées, la Commission ne fait pas d'observations sur l'éventuelle exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3 CE.

21. La Commission se borne à rappeler que la restriction des ventes en ligne ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie. 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) CE¹⁰. Cependant, cela ne signifie pas que les restrictions caractérisées sont interdites *per se* par le droit communautaire de la concurrence. Il n'est pas nécessairement exclu que la restriction puisse remplir les quatre conditions cumulatives relatives à l'exemption individuelle au titre de l'article 81(3) CE et ainsi bénéficier de l'exemption individuelle. Dans ce contexte la Commission tient à souligner 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.

3. SUR LA POSSIBILITE POUR LA COUR D'APPEL DE POSER UNE QUESTION PREJUDICIELLE A LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

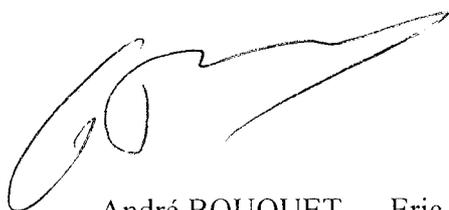
22. D'abord, il convient de rappeler que les avis de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003 ne sont pas contraignants pour les juridictions nationales. Seule la Cour de justice des Communautés européennes est en mesure de donner une interprétation contraignante des règles de concurrence communautaires dans le contexte du renvoi préjudiciel. L'article 234 CE dispose que si une question d'interprétation des règles du traité est soulevée devant une juridiction d'un Etat membre, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice à moins que la Cour n'ait déjà statué sur ce point ou que l'application exacte de la règle de droit communautaire ne soit claire.

¹⁰ Voir, par exemple, l'affaire C-199/92 P *Hüls AG/Commission*, Recueil 1999, p. 1-4287, points 162 à 166. Voir le point 20 des *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3) du traité CE*; JO C 101 du 27 avril 2004, p. 97.

23. Par conséquent, si jamais la Cour avait des doutes sur l'interprétation des règles de droit communautaire applicables en l'espèce, la Commission l'invite à saisir la Cour de Justice d'une demande préjudicielle afin d'en obtenir l'interprétation.

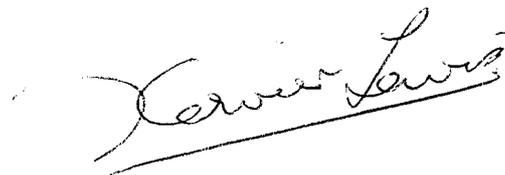
CONCLUSIONS

24. La Commission estime que l'interdiction générale de vendre en ligne imposée par un fournisseur à ses distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective est une restriction caractérisée de la concurrence. Une telle restriction ne peut pas bénéficier de l'exemption par catégorie. Toutefois, une telle restriction pourrait éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle si le fournisseur apporte la preuve que les quatre conditions prévues à cet effet à l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE sont remplies. Enfin, si la Cour a encore des doutes sur l'interprétation des dispositions en cause, elle peut saisir la Cour de justice d'une demande préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE.



André BOUQUET

Eric GIPPINI-FOURNIER



Xavier LEWIS

Agents de la Commission