135

Numéro du répertoire
2021/ 9071
Date du prononcé
01/12/2021
Numéro du rôle
2021/MR/1

Expédition

Délivrée à	Délivrée à	Délivrée à
le € CIV	le € CIV	le € CIV

☑ Non communicable au receveur

Cour d'appel

Bruxelles

Section Cour des marchés
19e chambre A
Chambre des marchés

Arrêt

Présenté le
Non enregistrable

EN CAUSE DE

Caudalie Belgique SPRL, société de droit belge, ayant son siège social à 1060 Bruxelles, rue Jean Stas 13, inscrite à la Banque carrefour des entreprises sous le n° 0475.070.960,

Caudalie SAS, société de droit français, ayant son siège social à 75008 Paris, France, place de Narvik 6, inscrite au Registre du Commerce et des Sociétés sous le n° B 398 360 123,

Caudalie International SE Holding, société européenne, ayant son siège social à W1W 8DK London, United Kingdom, enregistrée sous le n° SE000113,

Parties requérantes, *(ci-après ensemble « Caudalie » ou « les Requérantes »)*,

Ayant pour conseils Stefaan Raes et Céline Vanhecke, avocats, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, boulevard de l'Empereur 3.

CONTRE :

L'**Autorité belge de la concurrence**, personne morale de droit public, dont le siège est établi à 1210 Bruxelles, City Atrium, rue du Progrès 50, représentée par son Président, M. Jacques Steenbergen,

Partie défenderesse,

(ci-après l' « ABC »),

Ayant pour conseils Evrard de Lophem et Philippe Vernet, avocats, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, place Flagey 7.

ET EN PRESENCE DE :

La **SRL Newpharma,** dont le siège social est situé rue Basse-Wez 315/317, à 4020 Grivegnée (Liège), inscrite à la Banque carrefour des entreprises sous le numéro 838.666.156,

Partie intervenante et appelée en déclaration d'arrêt commun,

assistée et représentée par Madame Michèle Grégoire, avocate à la Cour de cassation (mgregoire@jonesday.com), et Monsieur Corentin De Jonghe, avocat au barreau de Bruxelles (cdejonghe@jonesday.com), dont le cabinet est établi rue de la Régence, 4, à 1000 Bruxelles, ainsi que Monsieur Etienne Wery, avocat au barreau de Bruxelles (etienne.wery@ulys.net) et Madame Camille Bourguignon (camille.boun,mignon@ulys.net), avocate au barreau de Paris, dont le cabinet est établi avenue de la Couronne, 224, à 1050 Bruxelles.

Pharmasimple SA, société de droit belge, ayant son siège social à 7110 La Louvière, Boulevard Millenium (H-G) 11, inscrite à la Banque carrefour des entreprises sous le n° 0845.603.735,

Partie appelée en déclaration d'arrêt commun,

ayant pour conseils Jean-François Germain et Maxime Berlingin, avocats, dont le cabinet est établi à 1040 Bruxelles, Boulevard Louis Schmidt, 29/15,

Vu les pièces de procédure et notamment :

- la décision du Collège de l'ABC du 6 mai 2021 n°ABC-2021-P/K-09 ;
- la requête en suspension et annulation déposée au greffe de la cour le 14 juin 2021 par Caudalie Belgique SPRL, Caudalie SAS et Caudalie International SE Holding ;
- l'arrêt interlocutoire en suspension de la Cour des marchés du 30 juin 2021 ;
- les conclusions sur la demande en annulation déposées le 30 septembre 2021 par Caudalie Belgique SPRL, Caudalie SAS et Caudalie International SE Holding ;
- les conclusions de synthèse sur la demande en annulation déposées le 15 octobre 2021 par la SRL Newpharma
- les conclusions de synthèse sur le recours en annulation déposées le 20 octobre par l'ABC ;
- les dossiers de pièces déposés par les parties,

Entendu les conseils des parties à l'audience publique du 3 novembre 2021, à laquelle la cause a été prise en délibéré.

I. La décision attaquée

1.

Les Requérantes ont fait l'objet d'une plainte déposée le auprès de l'ABC, introduite par Newpharma et Pharmasimple.

2.

Le Collège de l'ABC a rendu la Décision attaquée le 6 mai 2021, au terme de laquelle, il :

«

a) *constate en application de l'article IV.52, §1, 2° CDE que les comportements tels qu'identifiés aux paragraphes 111 et 118 de cette décision et attribués à l'entreprise*

Caudalie, constituent une infraction par objet unique et continue aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE ;

b) *impose une amende de 859.310 euros à l'entreprise Caudalie en application des articles IV.52, §1, 2° et IV.79 CDE et l'impute solidairement aux sociétés suivantes :*

1. *Caudalie Belgique SRL, dont le siège social est situé Rue Jean Stas, 13 à 1060 SaintGilles et qui est inscrite à la Banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0475.070.960 ;*

2. *Caudalie SAS, dont le siège social est situé 6 place de Narvik, 75008 Paris (France) et qui est immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro B 398 360 123 ;*

3. *Caudalie International SE Holding, située 1st Floor 26 Eastcastle street London - United*
Kingdom W1W 8DQ et enregistrée sous le numéro SE000113 ;

c) *accepte et rend obligatoire en application de l'article IV.52, §1, 2° CDE les engagements suivants :*

1. *Caudalie s'engage à soumettre à l'auditeur général pour accord un projet de communication destiné à ses distributeurs agréés clarifiant les exigences de Caudalie concernant la préservation de son image de marque et insistant sur la liberté des distributeurs agréés de déterminer eux-mêmes leurs prix de revente et d'appliquer des promotions sur ses produits ;*

2. *Caudalie s'engage à soumettre à l'auditeur général pour accord un projet de communication destiné à ses distributeurs agréés clarifiant les mesures que Caudalie pourrait prendre afin de protéger l'intégrité de son réseau, de préserver son image de marque et d'assurer un service de qualité aux consommateurs sans enfreindre les règles de concurrence ;*

Ces projets de communication doivent être soumis à l'auditeur général dans un délai de deux mois après la date de cette décision ;

d) *décide au sujet des engagements auxquels se réfère le point c du dispositif de cette décision:*

1. *Qu'en cas de contestation d'une prise de position de l'auditeur général ou de l'auditeur qu'il a désigné, l'entreprise Caudalie peut s'adresser au Président selon la procédure décrite sous (3) et en informe l'auditeur général ;*

2. *Qu'en cas de contestation concernant le respect de ses obligations par l'entreprise Caudalie, l'auditeur général peut s'adresser au Président selon la procédure décrite sous (3) et en informe l'entreprise Caudalie,*

3. *En cas de saisine du Président, l'autre partie dispose d'un délai de cinq jours ouvrables pour communiquer au Président et à la partie requérante ses observations au sujet de la demande adressée au Président. Le Président saisit le Collège qui décide sur pièces à moins qu'il décide d'organiser une audience* ».

II. Le contexte factuel et les antécédents de procédure

3.

Selon les Requérantes, les faits pertinents à l'examen de la présente cause peuvent être synthétisés comme il suit :

« A. PRÉSENTATION DES PARTIES

*1. Les activités des Requérantes ont déjà été décrites de manière détaillée dans la décision du Collège n° ABC-2021-P/K-09 du 6 mai 2021 dans l'affaire n°CONC-PK-17/0038 et CONC-PK-18/0001 qui fait l'objet du présent recours en annulation devant la Cour des marchés (ci-après, « **la Décision** »). Dans un souci de concision, les parties sont par conséquent présentées brièvement ci-après. Pour une description plus détaillée des Requérantes, il est renvoyé, au besoin, à la décision du Collège (**Pièce 1**) ainsi qu'à la Réponse de Caudalie (**Pièce 3**) à la Communication des griefs de l'Autorité belge de la concurrence du 29 mai 2020 (**Pièce 2**) et aux Observations écrites de Caudalie (**Pièce 5**) relatives à la Proposition de Décision de l'Auditorat du 20 novembre 2020 dans l'affaire susmentionnée (**Pièce 4**).*

1) Les Requérantes : l'entreprise Caudalie, la marque Caudalie et son réseau de distribution

*2. Les Requérantes sont les trois sociétés qui constituent le groupe Caudalie (ci-après « **l'entreprise Caudalie** » ou « **Caudalie** ») ayant pour activité principale la conception et la distribution de produits cosmétiques sous la marque Caudalie. La société Caudalie International SE Holding est la société faîtière du groupe qui détient Caudalie SAS et Caudalie Belgique SPRL. Il s'agit des trois sociétés concernées par l'instruction et auxquelles la Décision est adressée.*

3. La marque Caudalie est une marque de produits cosmétiques haut de gamme à base d'actifs brevetés issus de la vigne et du raisin. Caudalie veille attentivement au respect de cette image de marque haut de gamme.

4. Depuis sa création, Caudalie développe des formules efficaces avec des ingrédients d'origine naturelle afin de proposer aux consommateurs des produits techniques et innovants adaptés à leur type de peau et à leurs besoins. Caudalie s'inscrit dans une démarche de marque écoresponsable en développant des packagings recyclés et recyclables et en contribuant à la plantation de millions

d'arbres dans le monde.La distribution des produits Caudalie nécessite donc des conditions de commercialisation spécialement adaptées et un conseil qualifié. Sa réussite commerciale repose sur le conseil pharmaceutique.

5. Les produits Caudalie sont vendus en pharmacie et en parapharmacie dans le cadre d'un réseau de distribution sélective. Le choix de Caudalie d'organiser son réseau de distribution sous la forme d'un réseau de distribution sélective, permet à celle-ci de :

- *s'assurer de l'aptitude des distributeurs à commercialiser les produits Caudalie dans des conditions de service et d'information conformes à la nature desdits produits ;*
- *s'assurer d'une commercialisation des produits Caudalie dans des conditions permettant d'en préserver la qualité et d'en assurer un bon usage ; et*
- *préserver l'image de marque des produits Caudalie.*

6. En choisissant de distribuer ses produits via un réseau de pharmaciens, Caudalie a volontairement opté pour un positionnement qualitatif et un conseil expert. Il résulte de ce positionnement que le prix n'est pas le facteur principal de concurrence pour les produits de Caudalie mais bien l'expérience client, à laquelle Caudalie est particulièrement attachée.

7. Bien que chaque marque tente de fidéliser sa clientèle, l'attachement des consommateurs à une marque est fragile. Chaque société de cosmétiques se doit d'investir des efforts considérables afin d'attirer de nouveaux clients et de fidéliser sa clientèle.

8. Dans ce contexte, Caudalie veille particulièrement à ce que ses produits soient commercialisés dans un environnement qualitatif haut de gamme en s'assurant que les consommateurs reçoivent des conseils qualifiés d'un pharmacien diplômé et par la formation du personnel de l'officine.

9. Dans le cadre de son réseau de distribution sélective, Caudalie conclut un contrat de distribution sélective avec l'ensemble de ses distributeurs possédant des points de vente physique respectant des conditions d'agrément précises, aussi bien quantitatives que qualitatives (ex : fonctionnalité du point de vente, vitrines et meubles de qualité, interdiction d'étiquette sur la face avant du produit, interdiction d'affiche comportant certains mots marketing tels que « discount », « prix barrés », « prix cassés » ou « remise x% », exigence quant à la qualification professionnelle du personnel de vente). Dans son contrat de distribution sélective internet, Caudalie a reproduit l'ensemble de ces critères sélectifs et les a adaptés en vue de la présentation et de la vente de ses produits sur internet.

2) Newpharma

11. Newpharma, qui fait partie du Colruyt Group, est une pharmacie détenant un site internet sur lequel sont vendus des produits de parapharmacie et des médicaments non soumis à prescription.

12. Newpharma faisait initialement partie du réseau de distribution de Caudalie. En commercialisant les produits de Caudalie, Newpharma a manqué à plusieurs de ses obligations contractuelles. Le contrat entre Newpharma et Caudalie n'a pas été renouvelé le 30 juin 2017.

3) Pharmasimple

13. Pharmasimple est une parapharmacie en ligne qui faisait initialement partie du réseau de distribution de Caudalie.

14. Le contrat pour la distribution des produits Caudalie sur internet a été résilié le 17 juillet 2015 en raison de plusieurs manquements contractuels. Ce site n'était en effet pas rattaché à un point de vente physique et ne respectait pas les dispositions du contrat relatives à la présentation du distributeur concernant la qualité du distributeur agréé et l'adresse du point de vente physique. Pharmasimple ne respectait pas non plus ses obligations contractuelles portant sur l'existence d'un pharmacien conseil, l'obligation de réponse dans un délai de 48h ou encore la présentation des produits sur son site Internet (en ne classant pas les produits par type de peau).

15. Les Plaignantes sont deux entités qui ont été membres du réseau de distribution sélective de Caudalie mais qui ne le sont plus à raison d'un non-renouvellement ou d'une résiliation.

B. PRÉSENTATION DU SYSTÈME DE DISTRIBUTION DES PRODUITS EN PHARMACIE ET PARAPHARMACIE EN BELGIQUE (SYSTÈME APB)

16. Les prix des médicaments sont strictement réglementés en Belgique. Cette réglementation s'applique à tous les prix de la chaine de valeur, à savoir les prix ex-usine, les prix de gros et les prix de détail. Dans le cadre de cette règlementation, l'Association Pharmaceutique Belge (« APB ») a fixé le taux de marge des pharmaciens pour les médicaments à 31,26%. Ce niveau de marge peut être augmenté si le pharmacien reçoit en sus une réduction supplémentaire de la part du fournisseur en amont.

17. En pratique, les pharmaciens traitent de manière identique les médicaments et les autres produits non réglementés qu'ils commercialisent, y compris les produits cosmétiques. Ce réflexe est lié au fait que (i) les pharmaciens vendent essentiellement des médicaments et que les produits de dermo-cosmétique ne représentent qu'une fraction de leur chiffre d'affaires et (ii) les pharmaciens veulent la même marge sur les produits cosmétiques que sur les médicaments. Il est ainsi plus aisé pour les pharmaciens d'appliquer le même système à l'ensemble des produits vendus en pharmacie, qu'il s'agisse ou non de médicaments.

*18. Dès lors, tant les fournisseurs de médicaments que de produits cosmétiques - s'ils souhaitent vendre leurs produits en pharmacies - sont contraints de référencer leurs produits via le mécanisme APB afin que ce dernier génère pour ledit produit un numéro de code national/nationaal kodenummer (« CNK »). En application du processus APB, le processus de génération d'un code CNK implique de générer le prix de vente public (indicatif) (**Pièce 6**).[8] Il n'est dans les faits pas possible pour un fournisseur de commercialiser un produit (médicament*

ou autre) en pharmacie sans code CNK et il n'est pas possible de générer un code CNK sans renseigner au préalable un prix public indicatif.

19. Il résulte de ce système que la quasi-totalité des pharmacies et parapharmacies belges revendent les produits cosmétiques au prix public de vente indiqué par les fournisseurs à l'APB, automatiquement intégré dans les logiciels des pharmaciens au travers du code CNK mis en place par l'APB et qu'ils considèrent comme « le juste prix ». Cette situation tend à uniformiser les prix de revente des produits en Belgique.

C. PROCÉDURE DEVANT L'AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE

20. La procédure devant l'Autorité a débuté à la suite de deux plaintes déposées à l'encontre de Caudalie le 27 novembre et le 12 décembre 2017, enregistrées respectivement sous les numéros CONC-P/K-17/0038 et CONC-P/K-18/0001. Les Plaignantes faisaient grief à Caudalie de se livrer à des pratiques contraires au droit de la concurrence au sens des articles IV.1 CDE et 101 TFUE dans le cadre du contrat de distribution conclu avec chacune d'entre elles, destinées à empêcher les campagnes publicitaires et promotionnelles initiées par celles-ci. Plus spécifiquement, les Plaignantes alléguaient qu'elles ne pouvaient librement pratiquer les réductions de leur choix sur le prix de vente conseillé pour les produits Caudalie sur internet.

21. Suite à ces plaintes, l'Auditorat a procédé à une instruction dans le cadre de laquelle une double procédure de saisies a été organisée aux sièges des entreprises Caudalie, en Belgique et en France, la semaine du 26 février 2018. La perquisition en France a été organisée par l'Autorité française de la concurrence à la suite d'une demande d'assistance de l'Auditorat de l'Autorité belge de la concurrence basée sur l'article 22, § 1 du Règlement (CE) No 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.

*22. Le 29 mai 2020, conformément à l'article IV.46, § 1, al. 1 CDE, l'Auditorat a informé Caudalie des griefs retenus contre elle (**Pièce 2**) et a donné accès à Caudalie à une partie du dossier d'instruction. Les griefs de l'Auditorat portent, d'une part, sur l'imposition d'un prix minimum de revente, et, d'autre part, sur les limitations des ventes actives et passives pour les distributeurs sélectifs présents en ligne établis dans un autre Etat membre que celui des utilisateurs finals.*[9]

*23. Caudalie a répondu en date du 22 septembre 2020 à la Communication des griefs transmise par l'Auditorat (**Pièce 3**). Dans sa Réponse, Caudalie invoque plusieurs irrégularités dans la procédure d'instruction, notamment une irrégularité découlant du caractère tronqué du dossier d'instruction auquel Caudalie a eu accès. En effet, celui-ci ne reprenait pas l'intégralité des documents saisis en France dans les locaux de Caudalie SAS mais uniquement 107 documents informatiques sur plus de 500 000 documents saisis, lesquels avaient nécessairement dû faire l'objet d'un tri par l'Auditorat. Caudalie développe également de manière détaillée des arguments pour justifier l'absence d'imposition d'un prix minimum de revente et l'absence de limitation des ventes actives et passives.*

*24. Le 20 novembre 2020, l'Auditorat a déposé la proposition de décision (« **Proposition de Décision** ») (**Pièce 4**) auprès du Président de l'Autorité en vue de sa communication au Collège*

de la concurrence. En l'espèce, l'Auditorat propose au Collège de (i) de constater que les comportements tels que décrits dans la Communication des griefs et attribués à l'entreprise Caudalie, constituent une infraction par objet unique et continue aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE, (ii) d'imposer une amende de 859.310 euros à l'entreprise Caudalie en application de l'article IV.79 CDE et de l'imputer solidairement à Caudalie SPRL Belgique, Caudalie SAS et Caudalie International SE Holding.

*25. Caudalie a soumis ses Observations écrites sur la Proposition de Décision en date du 22 janvier 2021 (**Pièce 5**) afin de démontrer au Collège (i) l'existence de diverses irrégularités dans la procédure d'instruction et en particulier l'irrégularité liée au tri occulte effectué par l'Auditorat dans les documents informatiques saisis en France, (ii) l'absence de pratiques d'imposition d'un prix minimum de revente, (iii) l'absence de limitation des ventes actives et passives, (iv) l'absence d'infraction unique et continue, (v) des erreurs dans l'imputation de l'infraction à Caudalie SAS et Caudalie International SE Holding, (vi) des erreurs dans le calcul de l'amende envisagée. Dans cette Réponse, Caudalie formule également plusieurs demandes au Collège de la concurrence :*

- *À titre principal, de considérer que l'instruction est entachée d'illégalité en raison d'atteintes graves et irrémédiables aux droits de la défense de Caudalie, ce qui requiert l'abandon de manière définitive des poursuites à l'encontre de Caudalie ;*
- *Au surplus, de constater qu'il n'existe pas de pratique restrictive de concurrence en application de l'article IV.52, 3° du CDE en raison du caractère non-fondés des griefs émis à l'encontre de Caudalie ;*
- *A titre subsidiaire, d'accepter les engagements de Caudalie sur la base de l'article IV.52, 7° CDE, de conclure que ceux-ci sont de nature à répondre aux griefs avancés contre Caudalie, de rendre ces engagements contraignants et par conséquent de constater qu'il n'y a plus lieu que l'Autorité belge de la concurrence agisse. Les engagements offerts par Caudalie sont les suivants :*

° Concernant le grief de prix de revente imposés: Caudalie s'engage à soumettre au Collège de la concurrence pour accord un projet de communication destiné à ses distributeurs agréés clarifiant les exigences de Caudalie concernant la préservation de son image de marque et insistant sur la liberté des distributeurs agréés de déterminer eux-mêmes leurs prix de revente et d'appliquer des promotions sur ses produits ;

° Concernant le grief de limitation des ventes actives et passives : Caudalie s'engage à soumettre au Collège de la concurrence pour accord un projet de communication destiné à ses distributeurs agréés clarifiant les mesures que Caudalie pourrait prendre afin de protéger l'intégrité de son réseau, de préserver son image de marque et d'assurer un service de qualité aux consommateurs sans enfreindre les règles de concurrence ;

° Concernant les deux griefs :

- *Caudalie s'engage à former son personnel afin d'éviter toute confusion ou ambiguïté dans sa communication vis-à-vis de ses distributeurs agréés quant à l'application concrète des règles de concurrence ;*
- *Caudalie s'engage à soumettre à l'ABC, chaque année pendant une période de trois années, un rapport expliquant les démarches effectuées dans le but de garantir la formation de son personnel quant à l'application des règles de concurrence.*

Ces engagements ne constituent pas une reconnaissance de culpabilité de la part de Caudalie et ne peuvent en aucun cas être interprétés comme tels.

- *A titre plus subsidiaire, Caudalie demande au Collège de tenir compte de plusieurs éléments à décharge de Caudalie afin d'en tenir compte dans l'appréciation des griefs retenus à son encontre et pour le calcul de l'amende éventuelle ».*

4.

La Décision Attaquée est prise le 6 mai 2021.

5.

Le 14 juin 2021, les Requérantes déposent une requête en suspension et en annulation de la Décision attaquée au greffe de la cour.

6.

Le 30 juin 2021, la Cour des marchés prononce un arrêt interlocutoire au terme duquel, elle :

« *Statuant avant dire droit, à titre conservatoire,*

Déclare la demande de suspension de l'exécution de la Décision introduite en vertu de l'article IV.90 § 3 du CDE recevable et fondée et ordonne la suspension de l'exécution de la Décision jusqu'au jour du prononcé de l'arrêt définitif par la Cour des marchés, uniquement dans la mesure où elle accepte et rend obligatoires les engagements visés au point c) du dispositif de la Décision, et fixe un délai jusqu'au 6 juillet 2021 pour l'exécution de ces engagements,

Réserve le surplus (...) ».

III. Le cadre légal

7.
La Décision attaquée se fonde notamment sur le prescrit des articles 101 TFUE et IV.1 CDE, qui sont rédigés comme il suit :

Art. 101 TFUE

« 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

a)fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

b)limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

d)appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

e)subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

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

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

— à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

— à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

— à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

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

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

Art. IV.1. CDE

« (...) § 4. Il est interdit aux personnes physiques dans le cadre des activités d'une entreprise ou d'une association d'entreprises de négocier, de s'accorder, de décider ou de se concerter avec un ou plusieurs concurrents, en ce qui concerne:

1° la fixation des prix de vente de produits aux tiers;

2° la limitation de la production ou de la vente de produits;

3° l'attribution des marchés ou des clients.

L'infraction à l'interdiction visée à l'alinéa 1er peut être constatée uniquement si l'accord, la décision ou la pratique concertée fait partie d'une infraction à l'interdiction visée au paragraphe 1er, commise par l'entreprise ou l'association d'entreprises dans le cadre des activités où la personne physique est intervenue et constatée par le Collège de la concurrence ou par l'auditeur dans la même affaire d'infraction.

Par dérogation à l'alinéa 2, dans le cas où l'entreprise ou l'association d'entreprises n'existe plus et n'a pas de successeur légal, l'instruction peut être menée et la décision être prise à l'égard de la personne physique uniquement. »

8.
La Cour des marchés relève que le recours des Requérantes ne comporte aucun moyen fondé sur la contestation d'une infraction au sens de ces dispositions, mais uniquement des moyens relatifs à la procédure suivie par l'ABC, lesquels sont tirés notamment des dispositions suivantes :

Art. IV.42.§ 1er. CDE

« *L'auditeur établit, après avoir réglé la confidentialité, le dossier d'instruction.*

Le dossier d'instruction contient tous les documents et données qui ont été reçus, obtenus, copiés, produits ou recueillis au cours de l'instruction, ainsi que tous les documents qui sont rédigés par ou à la requête de l'Autorité belge de la concurrence, à l'exception des documents et données qui ont été écartés en application de l'article IV.40, § 6. Le dossier d'instruction ne contient pas les documents internes de l'Autorité belge de la concurrence ni la correspondance entre l'Autorité belge de la concurrence et d'autres autorités de concurrence, sauf décision contraire de l'auditeur.

L'auditeur dresse l'inventaire du dossier d'instruction en indiquant le régime de confidentialité de chaque document. L'inventaire fait partie du dossier d'instruction".

Art. IV.46. § 1er. CDE

« *Lorsque l'auditeur estime que la plainte, la requête, l'injonction ou l'instruction d'office, est fondée, il informe, après avis de l'auditeur-conseiller, les parties concernées des griefs motivés retenus contre elles, et leur donne accès à toutes les versions non confidentielles des documents et données du dossier d'instruction, tel qu'il est constitué au moment de la communication des griefs. Il leur donne un délai d'au moins deux mois pour répondre aux griefs et déposer leurs pièces au secrétariat. L'auditeur peut prolonger ce délai à la demande motivée d'une partie concernée.*

Lorsqu'une partie concernée demande une copie électronique du dossier d'instruction dans les deux jours ouvrables suivant la communication des griefs, le délai visé à l'alinéa 1er commence à courir à compter du jour où la copie est mise à disposition par le secrétariat.

Les griefs vis-à-vis d'une partie concernée ne peuvent pas s'appuyer sur des documents et données qui sont confidentiels vis-à-vis d'elle.

Une partie concernée peut, dans le délai de réponse visé à l'alinéa 1er, offrir des engagements ».

Art. IV.52. § 1er 2° et 7 °CDE

« *Le Collège de la concurrence peut, par décision motivée:*

(...);
2° constater qu'il existe une pratique restrictive de concurrence et, le cas échéant, une infraction à l'article IV.1, § 4, ordonner la cessation de celle-ci s'il y a lieu suivant les modalités que le Collège de la concurrence prescrit, et le cas échéant infliger une amende;
(...)
7° déclarer les engagements offerts contraignants et constater qu'il n'y a plus lieu que l'Autorité belge de la concurrence agisse; cette décision laisse entière la faculté des juridictions de constater l'existence de pratiques restrictives de concurrence pour le passé; les engagements n'impliquent aucune reconnaissance préjudiciable de la part de la partie concernée».

IV. L'objet du recours

9.

Au terme de leurs conclusions sur la demande en annulation, les Requérantes demandent à la Cour des marchés de:

> « *– de déclarer le recours en annulation introduit contre la décision du Collège de la concurrence du 6 mai 2021 portant la référence ABC-2021-P/K-09 rendue dans l'affaire CONC-PK-17/0038 et CONC-PK-18/0001 recevable et fondé et, par conséquent, d'annuler cette décision ;*
>
> – *de déclarer l'arrêt prononcé commun et opposable à Newpharma et Pharmasimple ;*
>
> *– de condamner l'Autorité belge de la concurrence aux frais et dépens de l'instance y compris l'indemnité de procédure de EUR 1.560 (montant de base)* ».

10.

Au terme de ses conclusions de synthèse sur le recours en annulation, l'ABC demande à la Cour des marchés de :

« *Dire le recours recevable, mais non fondé ;*
Condamner les Requérantes aux entiers dépens de la procédure en annulation, en ce compris l'indemnité de procédure de 1.560 € (montant de base) ».

11.

Au terme de ses conclusions de synthèse sur la demande en annulation, Newpharma demande à la Cour des marchés de :

«

- *donner acte de l'intervention de Newpharma et la déclarer recevable et fondée,*
- *dire que la demande d'annulation de Caudalie est recevable mais non fondée.*
- *condamner Caudalie aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de 1.560 euros (montant de base)* ».

V. Recevabilité

12.
La décision attaquée a été prise par l'ABC le 6 mai 2021 et a été notifiée le 26 mai 2021.

Il n'est pas contesté que la requête a été déposée au greffe de la cour dans le délai de 30 jours visé à l'article IV.90 § 5 CDE.

Le recours en annulation des Requérantes est recevable.

13.

La demande en intervention de Newpharma est recevable uniquement en ce qu'elle vise à soutenir la thèse de l'ABC.

Pharmasimple n'a formé aucune demande et, par la voix de son conseil à l'audience de la Cour, a déclaré s'en référer à justice.

VI. Discussion

A. QUANT AU MOYEN N°1 DES REQUERANTES : LA DÉCISION DU COLLÈGE DE LA CONCURRENCE D'AVOIR ACCEPTÉ ET DÉCLARÉ OBLIGATOIRES LES ENGAGEMENTS EN APPLICATION DE L'ARTICLE IV.52, § 1, 2° CDE EST ILLÉGALE

14.
Le premier moyen des Requérantes peut être synthétisé comme il suit :

« 1) Introduction au moyen

32. Par ce moyen n°1, les Requérantes démontrent l'existence de plusieurs erreurs de droit dans le chef du Collège en acceptant et en rendant obligatoires en application de l'article IV.52, § 1, 2° CDE les engagements repris au point c) du dispositif de la Décision cumulativement à la constatation d'une infraction aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE et à l'imposition d'une amende aux Requérantes.

33. L'illégalité des engagements ainsi acceptés et rendus obligatoires par le Collège doit être constatée sur la base de trois motifs qu'il convient d'exposer en trois branches ci-dessous :

- *Premièrement, il n'existe aucune base légale permettant au Collège de déclarer obligatoires des engagements de manière cumulative à la constatation d'une infraction et à l'imposition d'une amende. Le seul moyen pour le Collège de rendre contraignants des engagements est sur la base de l'article IV.52, § 1, 7° CDE et non pas sur la base de l'article IV.52, § 1, 2° CDE (point 2. infra).*

- *Deuxièmement et à titre subsidiaire, à supposer que le Collège puisse effectuer un tel cumul en vertu de l'article IV.52, § 1, 2° CDE (quod non), le Collège a, ce faisant, violé la foi due aux Observations écrites de Caudalie relatives aux engagements et a commis une erreur de droit en les acceptant et les rendant obligatoires alors même que Caudalie n'a pas proposé d'engagements en cas de décision au fond assortie d'une amende (point 3 infra).*

  Troisièmement et toujours dans cette même hypothèse, ces engagements sont également constitutifs d'un excès de pouvoir de la part du Collège à défaut de base légale permettant au Collège de déléguer à l'auditeur général le pouvoir de marquer son accord avec les engagements et à ce dernier d'exercer un tel pouvoir (point 4 infra).

L'illégalité manifeste des engagements rendus obligatoires par le Collège qui est démontrée dans ce moyen invalide ipso facto la Décision constatant une infraction et imposant une amende (point 5 infra)

(...)

5) Conséquence du moyen n°1: l'illégalité manifeste des engagements invalide ipso facto la Décision constatant l'infraction et le calcul de l'amende

68. Il découle des trois branches qui précèdent que les engagements visés au point c) du dispositif de la Décision sont manifestement illégaux. Etant donné que ces engagements ont été prescrits par le Collège comme une modalité en vue de la cessation de l'infraction constatée sur la base de l'article IV.52, § 1, 2° CDE et qu'ils ont été pris en compte par le Collège comme circonstance atténuante dans le calcul de l'amende[36], leur illégalité retentit sur la décision de constatation de l'infraction et sur l'amende infligée à titre de sanction. Ainsi, tant l'infraction constatée que l'amende imposée doivent également être déclarées illégales puisqu'elles sont en lien direct avec des engagements qui, dans l'esprit du Collège, ont été imposés comme une modalité pour faire cesser l'infraction (...) ».

15.

Les moyens en défense de l'ABC à l'encontre du premier moyen des Requérantes peuvent être synthétisés comme il suit :

« Sur le premier moyen d'annulation invoqué par Caudalie

Moyen 2 : L'Ordonnance de suspension n'a pas déclaré le moyen d'annulation fondé (et n'aurait pas pu le faire)

Moyen 3 : L'analyse de la décision attaquée par les Requérantes est erronée ; contrairement à ce qu'elles avancent, le Collège de la concurrence n'a pas accueilli ni imposé les engagements proposés par Caudalie sur la base de l'article IV.52, § 1er, 7° du CDE

Moyen 4 : Le Collège de la concurrence a assorti le constat d'infraction et la condamnation de Caudalie à une amende, de modalités spécifiques ; la décision attaquée n'est entachée d'aucune illégalité ou d'aucune erreur manifeste d'appréciation sur ce point (la première branche du moyen des Requérantes n'est pas fondée)

- *Première branche : La décision attaquée ne cumule pas l'application des points 2° et 7° de l'article IV.52, § 1er, du CDE*
- *Deuxième branche : Le Collège de la concurrence peut, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, assortir sa décision de modalités*
- *Troisième branche : Les modalités prescrites par la décision attaquée ont bien pour objectif de permettre et d'accompagner la cessation de la restriction de concurrence*

Moyen 5 : La décision attaquée n'a pas méconnu la foi due aux actes en assortissant la condamnation de Caudalie de modalités inspirées des engagements que celle-ci avait proposés (la deuxième branche du moyen des Requérantes n'est pas fondée)

Moyen 6 : Le Collège de la concurrence n'avait pas à avertir Caudalie de la reconversion de ses engagements sous la forme de modalités ni à lui donner l'opportunité de se prononcer spécifiquement sur ce point

Moyen 7 : Le Collège de la concurrence n'a pas délégué à l'Auditeur général son pouvoir de décision (la troisième branche du moyen des Requérantes n'est pas fondée)

Moyen 8, à titre subsidiaire : Si la Cour devait considérer illégale l'imposition des modalités prescrites aux points c) et d) du dispositif de la décision attaquée, ce constat ne pourrait affecter le constat d'infraction ni le montant de l'amende imposée ».

16.

Les moyens soulevés par NEWPHARMA à l'encontre du premier moyen des Requérantes peuvent être synthétisés comme il suit :

> *« A. QUANT AU PREMIER MOYEN D'ANNULATION*
>
> > *(i) Première branche (prétendu cumul illégal d'une modalité correctrice et d'une amende)*
>
> ***Position de Newpharma.*** *— Le Collège n'a pas accueilli les engagements proposés par Caudalie sur la base de l'article IV.52, §1", **7°** du CDE et a, tout au contraire, constaté que, envisagés seuls, ces engagements étaient insuffisants au regard de la gravité du comportement de Caudalie (point 143 de la décision attaquée). Le bénéfice de l'article IV.52, §ler, 7° du CDE a donc été refusé à Caudalie.*
>
> *Ce faisant, le Collège a considéré que la gravité du comportement de Caudalie nécessitait qu'une amende lui soit infligée, ce qu'il était parfaitement fondé à faire et n'est de surcroît pas contesté par Caudalie[13].*
>
> *Aux yeux du Collège, l'imposition de cette amende ne suffisait toutefois pas, à elle, seule à faire cesser les effets anticoncurrentiels de l'infraction constatée, ce dont il appartient toutefois au Collège de s'assurer, puisqu'il doit, selon les termes de l'article IV.52, §1er, **2°** du CDE, ordonner la cessation de la pratique anticoncurrentielle dont il constate l'existence.*

Aucune disposition du CDE, ni aucune autre disposition légale ou principe (belge ou européen) ne l'empêche, pour ce faire, de s'inspirer des engagements proposés par la partie poursuivie. En ce qu'il repose tout entier sur la prémisse juridique inverse, le moyen d'annulation de Caudalie est manifestement non fondé.

*Le prétendu cumul entre l'article IV.52, §1 el., **20** et **7°** du CDE, dénoncé par le premier moyen de Caudalie, n'existe dès lors nullement.*

(ii) Deuxième branche (prétendue violation de la foi due aux observations écrites de Caudalie)

***Position de Newpharma.** — Le fait d'avoir utilisé les engagements proposés par Caudalie afin de s'en inspirer dans le cadre de la détermination des modalités destinées à faire cesser les effets anticoncurrentiels constatés (au sens de l'article IV.52, §1", [20] du CDE), ne revient en aucun cas à faire mentir les écrits de Caudalie.*

La décision attaquée ne dit en effet en aucun de ses motifs que Caudalie était d'accord que ces engagements soient retenus au titre de modalité qu'elle serait tenue de mettre en oeuvre en plus du paiement d'une amende. Cela s'explique parfaitement par le fait qu'un tel constat était inutile: le Collège n'a pas besoin de l'accord de la partie poursuivie pour déterminer les modalités permettant, selon lui, de mettre fin à la pratique restrictive de concurrence dont il constate l'existence.

(iii) Troisième branche (prétendue délégation illégale de compétence à l'auditorat général)

***Position de Newpharma** — Le Collège a, par la Décision attaquée, imposé des modalités à charge de Caudalie, indiqué leur caractère obligatoire, déterminé leur nature (communications), identifié les destinataires (distributeurs agréés), encadré leur contenu (exigences qualitatives et respect du droit de la concurrence) et fixé une échéance (deux mois).*

Ce faisant, le Collège a exercé les compétences que lui reconnaît l'article IV.52, § 1er, 2° du CDE d'adopter une décision prescrivant des modalités obligatoires à charge du contrevenant en vue de faire cesser l'atteinte à la concurrence constatée. Le Collège n'a donc confié à l'Auditeur général que la seule mission de veiller à l'exécution de sa décision, conformément à l'article IV.26, §3, 7° du CDE, toute divergence de point de vue dans l'interprétation de la portée de cette décision devant lui être déférée ».

B. Décision de la Cour

17.

La Cour rappelle qu'elle a prononcé une ordonnance suspendant l'exécution d'une partie de la Décision attaquée.

Elle s'est basée pour ce faire sur l'invocation par Caudalie d'une « *illégalité* », ce qui permettrait de constater « *prima facie* », « *sous réserve d'un examen approfondi* » que cette illégalité existe.

Aucun argument, quant à l'appréciation du bien-fondé des moyens d'annulation des Requérantes, ne peut en conséquence être tiré de l'Ordonnance de suspension prononcée par la Cour.

18.

La Cour relève que, dans leurs observations concernant la Proposition de décision de l'Auditorat du 20 novembre 2020, les Requérantes :

- sollicitaient à titre principal l'abandon des poursuites en invoquant des atteintes graves et irrémédiables à leurs droits de défense,

- au surplus, demandaient au Collège de constater l'absence de pratique restrictive de concurrence en application de l'article IV.52, §1er 3° CDE,

- à titre subsidiaire, demandaient au Collège d'accepter ses engagements, et par conséquent de constater qu'il n'y avait plus lieu d'agir, en application de l'article IV.52, §1er, 7° CDE. Les Requérantes précisaient également que ces engagements pouvaient faire l'objet de négociations avec l'Auditorat si celui-ci le souhaitait. Leur contenu est reproduit ci-après :

« À titre subsidiaire, Caudalie demande au Collège de la concurrence d'accepter les engagements de Caudalie, de conclure que ceux-ci sont de nature à répondre aux griefs avancés contre Caudalie, de rendre ces engagements contraignants et par conséquent de constater qu'il n'y a plus lieu que l'Autorité belge de la concurrence agisse, ainsi que le permet l'article IV.52, 7° du CDE. Ces engagements sont les suivants (ils peuvent faire l'objet de négociations avec l'Auditorat si celui-ci le souhaite) :

- *Concernant le grief de prix de revente imposés : Caudalie s'engage à soumettre au Collège de la concurrence pour accord un projet de communication destiné à ses distributeurs agréés clarifiant les exigences de Caudalie concernant la préservation de son image de marque et insistant sur la liberté des distributeurs agréés de déterminer eux-mêmes leurs prix de revente et d'appliquer des promotions sur ses produits ;*
- *Concernant le grief de limitation des ventes actives et passives : Caudalie s'engage à soumettre au Collège de la concurrence pour accord un projet de communication destiné à ses distributeurs agréés clarifiant les mesures que Caudalie pourrait prendre afin de protéger l'intégrité de son réseau, de préserver son image de marque et d'assurer un service de qualité aux consommateurs sans enfreindre les règles de concurrence ;*
- *Concernant les deux griefs :*

> *° Caudalie s'engage à former son personnel afin d'éviter toute confusion ou ambiguïté dans sa communication vis-à-vis de ses distributeurs agréés quant à l'application concrète des règles de concurrence ;*
> *° Caudalie s'engage à soumettre à l'ABC, chaque année pendant une période de trois années, un rapport expliquant les démarches effectuées dans le but de garantir la formation de son personnel quant à l'application des règles de concurrence.*
>
> *Ces engagements ne constituent pas une reconnaissance de culpabilité de la part de Caudalie et ne peuvent en aucun cas être interprétés comme tels.* »

19.

Ainsi libellés, les engagements proposés par les Requérantes étaient formulés à l'attention du Collège spécifiquement en vue d'éviter une décision de condamnation sur le fond, avec la possibilité de négocier la portée de ces engagements avec l'Auditeur avant qu'une décision soit prise par le Collège de la concurrence.

20.

Dans sa décision, le Collège de la concurrence a cependant considéré que les engagements proposés par Caudalie étaient insuffisants au vu de la gravité de la pratique restrictive de concurrence reprochée à Caudalie et que, par conséquent, ils ne lui permettaient pas de renoncer au constat d'infraction et à l'imposition d'une sanction dans les circonstances de l'espèce.

Le Collège a donc écarté l'application de l'article IV.52, § 1er, 7° du CDE, ainsi que cela ressort du § 143 de la Décision attaquée :

> « *Vu la nature grave des infractions, le Collège est obligé de constater que l'offre d'engagements ne permet pas de décider qu'il n'y ait plus lieu que l'ABC agisse par application de l'article IV.52, 7° CDE* ».

21.

Ainsi que le prévoit l'article IV.52 §1er ,2° CDE, le Collège, dans ce cas, après avoir constaté *« qu'il existe une pratique restrictive de concurrence et, le cas échéant, une infraction à l'article IV.1, § 4 »*, peut *«ordonner la cessation de celle-ci s'il y a lieu suivant les modalités que le Collège de la concurrence prescrit, et le cas échéant infliger une amende ».*

22.

Le texte de l'article IV.52 §1er, 2° CDE ne contient aucune limitation quant aux « modalités » que le Collège peut prescrire.

Ainsi que le soutient l'ABC, il est donc parfaitement loisible au Collège en vertu de son autonomie décisionnelle de s'inspirer, dans ce cadre, des propositions d'engagements qui auraient été formulées par la partie poursuivie, pour déterminer les « modalités » qu'il décide de prescrire.

Il ne pourrait donc être question, lorsque cette solution est retenue par le Collège, d'un quelconque cumul prohibé entre les dispositions des articles IV.52 § 1er, 2 ° et 7° CDE.

23.

La Cour relève néanmoins que le Collège, en l'espèce, n'a pas « prescrit des modalités », mais a, tout en invoquant l'article IV.52 §1er, 2° CDE (la Cour souligne et met en évidence) « ***accepté*** *et rendu obligatoire* ***les engagements*** » formulés par les Requérantes.

24.

Le texte de l'article IV.52 §1er, 2° CDE ne prévoit nullement cette possibilité d'acceptation d'engagements, formulés par les Requérantes dans le contexte spécifique de l'article IV.52,§1er,7° CDE, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été rappelé ci-avant, afin de demander au Collège, sous réserve d'une éventuelle négociation préalable avec l'Auditorat, de « *conclure que ceux-ci sont de nature à répondre aux griefs avancés contre Caudalie, de rendre ces engagements contraignants et par conséquent de constater qu'il n'y a plus lieu que l'Autorité belge de la concurrence agisse* ».

25.

Il ne peut être considéré que l'usage du seul terme « engagements », au lieu du terme « modalités », dans le dispositif de la Décision attaquée, serait constitutif d'une « erreur de plume » dans la chef de l'ABC.

En effet, la disposition litigieuse de la Décision attaquée fait également, et surtout, mention d'un acte juridique consistant en l' « **acceptation** » par l'ABC des « engagements ».

En acceptant et en rendant obligatoires les engagements **proposés** par les Requérantes pour mettre fin aux poursuites, la Décision attaquée ne prescrit donc pas des « modalités », au sens de l'article IV.52 §1er, 2° CDE, mais fait usage de la possibilité prévue par le seul article IV.52 §1er, 7° CDE, qui y attache comme conséquence légale la constatation « *qu'il n'y a plus lieu que l'Autorité belge de la concurrence agisse* ».

26.

Le Collège a en outre violé la foi due aux Observations écrites des Requérantes sur les engagements en détournant ceux-ci de leur finalité. La proposition d'engagements formulée par les Requérantes avait en effet un objet déterminé et s'inscrivait dans un cadre légal spécifique : faire constater, par l'Autorité, suite à leur acceptation, qu'il n'y avait plus lieu d'agir à son encontre.

Le Collège a d'ailleurs, au § 143 de la Décision attaquée, analysé les engagements offerts sous l'angle de l'article IV.52, § 1, 7° CDE, pour finalement ne pas appliquer cette disposition mais, à suivre sa thèse, néanmoins les accepter et les rendre obligatoires au titre de modalités destinées à faire cesser l'infraction.

En décidant de la sorte, le Collège a commis une erreur de droit en présence d'une offre d'engagements des Requérantes émise uniquement dans le but de mettre un terme à l'action de l'ABC. Il y a en effet violation de la foi due à un acte lorsque l'on donne à celui-ci un sens et une portée qui méconnaissent ce que ses auteurs ont entendu y exprimer, en y ajoutant des éléments qui ne s'y trouvent pas ou en ignorant des éléments que l'acte comporte.

27.

Dans ces circonstances, il ne peut en outre être admis, ainsi que le soutiennent les Requérantes, que, sauf à violer la foi due à leurs Observations, les « modalités » prescrites par le Collège soient considérées comme proportionnées alors qu'elles s'intègrent dans un mécanisme de constatation d'une infraction et de sanction qui n'a pas été considéré par Caudalie au moment où les engagements ont été offerts.

La proportionnalité des modalités prescrites ne peut s'apprécier isolément en référence aux engagements initialement proposés par les Requérantes, mais doit être évaluée à la lumière de la décision globale du Collège de constater une infraction et d'imposer une amende.

Eu égard aux objectifs différents que les articles IV.52, § 1, 2° CDE et IV.52, § 1, 7° CDE poursuivent, la proportionnalité des mesures proposées dans l'un ou l'autre des scénarios doit être appréciée différemment.

La Cour de Justice de l'Union européenne, dans son arrêt du 29 juin 2010, *(Commission européenne contre Alrosa Company Ltd*, C441/07 P, EU:C:2010:377) s'est exprimée en ces termes au sujet de la portée des articles 7 du Règlement (EC) No 1/2003 (équivalent européen de l'article IV.52, §1, 2° CDE) et 9 dudit Règlement (équivalent européen de l'article IV.52, § 1, 7° CDE) :

« 38 Ainsi, les caractéristiques spécifiques des mécanismes prévus aux articles 7 et 9 du règlement n° 1/2003 et les moyens d'action qu'offre ce règlement en vertu de chacune de ces dispositions sont différents, ce qui implique que l'obligation d'assurer le respect du principe de proportionnalité, qui incombe à la Commission, a une portée et un contenu différents selon qu'elle est considérée dans le cadre de l'un ou de l'autre de ces articles.

39 L'article 7 du règlement n° 1/2003 indique expressément l'ampleur de la portée de l'application du principe de proportionnalité dans les situations relevant de son champ d'application. En effet, en vertu de l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, la Commission peut imposer aux entreprises intéressées toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale qui

soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.

40 *En revanche, l'article 9 de ce règlement prévoit uniquement que, dans le cadre d'une procédure engagée au titre de cette disposition, ainsi qu'il ressort du treizième considérant dudit règlement, la Commission est dispensée de l'obligation de qualifier et de constater l'infraction, son rôle se limitant à l'examen et à l'éventuelle acceptation des engagements proposés par les entreprises concernées, à la lumière des problèmes qu'elle a identifiés dans son évaluation préliminaire et au regard des buts qu'elle poursuit.*

41 *La mise en œuvre par la Commission du principe de proportionnalité dans le contexte de l'article 9 du règlement n° 1/2003 se limite à la vérification que les engagements en question répondent aux préoccupations dont elle a informé les entreprises concernées et que ces dernières n'ont pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations. Dans l'exercice de cette vérification, la Commission doit toutefois prendre en considération les intérêts des tiers.*

(...)

.

46 *En effet, ces deux dispositions du règlement n° 1/2003 poursuivent, ainsi qu'il a déjà été relevé au point 38 du présent arrêt, deux objectifs différents qui visent, l'un, à mettre fin à l'infraction constatée, et l'autre, à répondre aux préoccupations de la Commission résultant de son évaluation préliminaire.*

47 *Dès lors, rien ne justifie que la mesure qui pourrait éventuellement être imposée dans le cadre de l'article 7 du règlement n° 1/2003 doive servir de référence aux fins de l'appréciation de la portée des engagements acceptés en application de l'article 9 de ce règlement et que tout ce qui va au-delà de ladite mesure doive être automatiquement considéré comme non proportionné. Ainsi, même si les décisions adoptées au titre de ces deux dispositions sont bien chacune soumises au principe de proportionnalité, l'application de ce principe est néanmoins différente selon que l'une ou l'autre de ces dispositions est concernée.*

48 *Les entreprises qui offrent des engagements sur le fondement de l'article 9 du règlement n° 1/2003 acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer dans une décision qu'elle adopterait conformément à l'article 7 de ce règlement après un examen approfondi. En revanche, la clôture de la procédure d'infraction engagée à l'encontre de ces entreprises leur permet d'éviter la constatation d'une violation du droit de la concurrence et l'éventuelle infliction d'une amende ».*

28.

Les engagements proposés par Caudalie en vue de l'application de l'article IV.52, § 1, 7° CDE ne peuvent être automatiquement imposés dans un cadre légal différent, qui implique le constat d'une infraction et l'imposition d'une amende, l'Autorité ne pouvant se substituer à la partie poursuivie pour modifier ses engagements.

29.

C'est de manière illégale que l'ABC a accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par les Requérantes en se fondant sur le prescrit de l'article IV.52 §1er, 2° CDE.

Le premier moyen des Requérantes, en ses deux premières branche, est par conséquent fondé.

30.

C'est à tort que l'ABC conclut, au terme de son 8ème moyen, que ce constat d'illégalité ne pourrait affecter la Décision attaquée dans son ensemble et dès lors également le constat d'infraction et le montant de l'amende imposée.

En effet, le fait d'accepter les engagements proposés, sur la base légale erronée de l'article IV.52 §1er, 2° CDE, alors que ces engagements avaient pour objet unique d'entendre mettre fin à l'action de l'ABC, est contradictoire et incompatible avec le fait de constater par ailleurs une infraction, et de la sanctionner par une amende fixée notamment compte tenu des « engagements acceptés ».

Il convient en conséquence d'annuler intégralement la Décision attaquée.

31.

Il n'est pas nécessaire d'examiner la troisième branche du premier moyen des Requérantes, ni leurs autres moyens relatifs à la Décision attaquée, qui ne pourraient mener à une annulation plus complète de celle-ci.

32.

Le présent arrêt sera dit commun et opposable aux parties Newpharma et Pharmasimple.

VII. Les dépens

33.
Conformément à l'article 1017, alinéa 1, du Code judiciaire, l'ABC est condamnée aux dépens, liquidés par les Requérantes à 1.560 € (indemnité de procédure – affaire non évaluable en argent).

Les Requérantes ne forment aucune demande à ce titre à l'égard de Newpharma et Pharmasimple, qui supporteront leurs propres dépens.

PAR CES MOTIFS,
LA COUR,

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Statuant contradictoirement,

Reçoit le recours en annulation, et le dit fondé, annule la décision du Collège de l'Autorité belge de la concurrence du 6 mai 2021 n°ABC-2021-P/K-09,

Dit le présent arrêt commun et opposable à la **SRL Newpharma** et à la **SA Pharmasimple,**

Condamne l'**Autorité belge de la concurrence** aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée par les Requérantes au montant de 1.560 euros,

Condamne l'**Autorité belge de la concurrence** au paiement du droit de mise au rôle devant la cour d'appel (400,00 €) au SPF FINANCES, conformément à l'article 269² § 1er, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

Dit l'intervention volontaire de la **SRL Newpharma** recevable, uniquement en ce qu'elle vise à soutenir la thèse de l'Autorité belge de la concurrence, mais non fondée et lui délaisse ses dépens.

Dit pour droit que sur les diligences du greffe de la cour d'appel de Bruxelles, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne*.
* "European Commission, Directorate-General for Competition, COMP Amicus, 1049 Bruxelles/Brussel, BELGIQUE/BELGIË, Fax: 0032 2 29 50128, E-mail: comp-amicus@ec.europa.eu "

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 01 décembre 2021 par :

M. BOSMANS	Conseiller ff. président
A-M. WITTERS	Conseiller
F. FOGLI	Conseiller
D. GEULETTE	Greffier

D. GEULETTE

M. BOSMANS

A-M. WITTERS

F. FOGLI